Merc. 90 ps

Hahn

Reinhard

Arnold

Merc. 90 f

COMMENTAR

ZUM

ALLGEMEINEN DEUTSCHEN

HANDELSGESETZBUCH.

VON

DR. FRIEDRICH VON HAHN,
Oberappellationsgerichtsrath und ordentlicher Professor in Jena,
Mitglied der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs.

ZWEITER BAND.

ERSTE ABTHEILUNG:

Der erste Titel des vierten Buchs des Handelsgesetzbuchs.

BRAUNSCHWEIG,
DRUCK UND VERLAG VON FRIEDRICH VIEWEG UND SOHN.
1866.

256 - D.

ANKÜNDIGUNG.

Die vorliegende erste Abtheilung des zweiten Bandes des Commentars erläutert den ersten Titel des vierten Buchs des Handelsgesetzbuchs. Der Herr Verfasser hat in Aussicht gestellt, dass die zweite Hälfte dieses Bandes, welche die übrigen vier Titel des vierten Buchs zum Gegenstande hat, in kürzerer Zeit beendet sein soll, so dass das Werk noch im Laufe des Jahres 1866 zu einem vorläufigen Abschluss gelangen wird, indem dann die Erläuterung des engeren Handelsrechts vollendet vorliegt, und dem dritten Bande nur noch die Bearbeitung des Seerechts vorbehalten bleibt.

Der erste Band des Commentars hat allgemein die günstigste Aufnahme und Beurtheilung, sowohl bei Theoretikern als bei Praktikern gefunden.

Bei Gelegenheit der Anzeige der zweiten Abtheilung des ersten Bandes in Buschs Archiv für die Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts wird z. B. bemerkt, B. II. S. 229: „Der vorzugsweise dem Herrn Verfasser schon in der ersten Anzeige dieses Werkes vindicirte Beruf zur Herausgabe eines ausführlichen Commentars über das Handels-Gesetzbuch hat sich bei der vorliegenden Fortsetzung desselben wieder glänzend manifestirt. — Wir haben einen Commentar über das Handels-Gesetzbuch, der wohl so leicht nicht übertroffen werden wird."

Goldschmidt in der Vorrede zu seinem Handbuch des Handelsrechts sagt: „Das Verdienst solcher Arbeiten (die das Gesetzbuch aus seinem Wortlaut und seiner unmittelbaren Entstehungsgeschichte heraus erklären), wenn nur mit rechter Umsicht und Sorgfalt unternommen, ist keineswegs gering; als nächste Hülfsmittel für die Handhabung des Gesetzes sind sie geradezu unentbehrlich; wenn mit vollständiger Beherrschung des Rechtsstoffs eine selbständige Entwickelung der Grundsätze und ihrer Consequenzen erstrebt wird, wie in dem gediegenen Commentar von Fr. von Hahn, ist zugleich der bleibende wissenschaftliche Werth gesichert."

Braunschweig, im November 1865.

Friedrich Vieweg und Sohn.

COMMENTAR

ZUM

ALLGEMEINEN DEUTSCHEN

HANDELSGESETZBUCH.

COMMENTAR

ZUM

ALLGEMEINEN DEUTSCHEN

HANDELSGESETZBUCH.

VON

Dr. FRIEDRICH VON HAHN,
Oberappellationsgerichtsrath und ordentlicher Professor in Jena,
Mitglied der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs.

ZWEITER BAND.

Das vierte Buch des Handelsgesetzbuchs

nebst

einem Sachregister über Band I. und II.

BRAUNSCHWEIG,
DRUCK UND VERLAG VON FRIEDRICH VIEWEG UND SOHN.
1867.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Die Herausgabe einer Uebersetzung in französischer und englischer Sprache,
sowie in anderen modernen Sprachen wird vorbehalten.

Vorrede.

Endlich bin ich im Stande, den zweiten Band meines Commentars, dessen erste den ersten Titel des vierten Buchs des Handelsgesetzbuchs umfassende Abtheilung schon im November 1865 erschienen ist, abgeschlossen dem Publicum vorzulegen. Möge er sich gleich günstiger Aufnahme erfreuen, wie sie dem ersten Band zu Theil geworden ist.

Da die vier ersten Bücher des Handelsgesetzbuchs ein Ganzes für sich bilden, so erschien es mir zweckmässig, ein Sachregister über diese und den Commentar zu denselben schon diesem Band beizugeben.

Jena, im August 1867.

Der Verfasser.

Inhalt des zweiten Bandes.

Viertes Buch.

Von den Handelsgeschäften.

Erster Titel. Von den Handelsgeschäften im Allgemeinen.

Erster Abschnitt. Begriff des Handelsgeschäfts. Seite

Vorbemerkung. Das System 1

Erläuterung der Artikel 271 bis 277 3

Zweiter Abschnitt.

Vorbemerkung I. Bedeutung dieses Abschnitts 49

Vorbemerkung II. Der Kaufmann im Betrieb des Handelsgewerbes . 50

Erläuterung der Artikel 278 bis 311 61

Zusatz. Ueber Börsenpreis und Marktpreis 119

Erläuterung der Artikel 312 bis 316 121

Dritter Abschnitt. Abschliessung der Handelsgeschäfte.

Erläuterung der Artikel 317 bis 323 140

Vierter Abschnitt. Erfüllung der Handelsgeschäfte.

Erläuterung der Artikel 324 bis 336 163

Zweiter Titel. Vom Kauf.

Erläuterung der Artikel 337 bis 359 175

Dritter Titel. Von dem Commissionsgeschäft.

Erläuterung der Artikel 360 bis 368 296

Zusatz I bis III. Ueber den Eigenthumserwerb am Commissionsgut . 332

Erläuterung der Artikel 369 bis 378 338

Vierter Titel. Von dem Speditionsgeschäft.

Erläuterung der Artikel 379 bis 382 382

Seite

Vorbemerkung zu Artikel 383 bis 385 über Modificationen des Speditionsvertrags 389
Erläuterung der Artikel 383 bis 389 394

Fünfter Titel. Von dem Frachtgeschäft.
Erster Abschnitt. Vom Frachtgeschäft überhaupt.
Erläuterung der Artikel 390 bis 402 410
Zusatz. Ueber das Verfolgungsrecht des Absenders 463
Erläuterung der Artikel 403 bis 412 465
Vorbemerkung über den Ladeschein 495
Erläuterung der Artikel 413 bis 421 497
Zweiter Abschnitt. Von dem Frachtgeschäft der Eisenbahnen insbesondere.
Vorbemerkung 508
Erläuterung der Artikel 422 bis 431 510

Bayerische
Staatsbibliothek
MÜNCHEN

Viertes Buch.

Von den Handelsgeschäften.

Erster Titel.

Von den Handelsgeschäften im Allgemeinen.

Erster Abschnitt.

Begriff der Handelsgeschäfte.

Vorbemerkung.

Das System der Handelsgeschäfte beruht auf dem Grundgedanken der Speculation. Nicht in der Art, dass alle Speculationsgeschäfte als Handelsgeschäfte erklärt würden; die historische Auffassung des Handels hat hier beschränkend influirt. Auch nicht so, dass jedes einzelne Geschäft, um Handelsgeschäft zu sein, in speculativer Absicht abgeschlossen sein müsste. Aber doch so, dass einerseits die wichtigsten Speculationsgeschäfte unter die Handelsgeschäfte aufgenommen sind, und dass andererseits nur diejenigen Geschäfte Aufnahme fanden, welche regelmässig [1]) in speculativer Absicht abgeschlossen werden. Bei einzelnen Geschäften tritt die speculative Absicht regelmässig so prägnant hervor, dass auch das einzeln abgeschlossene Geschäft als Handelsgeschäft angesehen wird. Bei anderen tritt die speculative Absicht erst dann deutlicher hervor, wenn sie gewerbemässig oder zwar einzeln, aber §. 1.

[1]) Siehe die nähere Ausführung dieses Punktes in Art. 271, Bemerkungen §. 14.

Vorbemerkung. doch im Betrieb eines Handelsgewerbes abgeschlossen werden. Danach unterscheidet das Gesetzbuch zwei grosse Massen, deren erstere in Art. 271 behandelt wird, während Art. 272 die zur zweiten Masse gehörenden Geschäfte aufzählt. Endlich werden auch diejenigen Geschäfte zu den Handelsgeschäften gezählt, welche zwar an sich weder einzeln abgeschlossen, noch bei gewerbemässigem Betrieb, als Speculationsgeschäfte erscheinen, welche aber die gewerbemässige Speculation ermöglichen, erleichtern, sichern (Art. 273).

§. 2. Die erste Masse bezeichnet man, da sie hinsichtlich ihres Speculations-Charakters von dem Abschluss anderer Geschäfte, bez. von der Persönlichkeit des Abschliessenden unabhängig sind, als absolute oder objective Handelsgeschäfte, während die zweite Masse wegen ihrer Abhängigkeit in dieser Beziehung relative oder subjective genannt werden. Beide Arten von Geschäften bilden, da ihr gewerbemässiger Betrieb das Handelsgewerbe constituirt und den sie Betreibenden zum Kaufmann macht, die Grundgeschäfte des Handels.

§. 3. Die Geschäfte der dritten Masse gehören, da sie nur durch ihre Beziehung zu dem gewerbemässigen Betrieb anderer Handelsgeschäfte ihre Eigenschaft als Handelsgeschäfte erhalten, ebenfalls zu den relativen oder subjectiven. Sie unterscheiden sich aber von den Geschäften der zweiten (sowie auch der ersten) Masse dadurch, dass ihr Abschluss nie ein Handelsgewerbe begründen kann, und sind nach dieser Richtung als Nebengeschäfte zu bezeichnen.

§. 4. Eine Speculation braucht nur auf Seiten eines Contrahenten vorhanden zu sein. Die besondere Art der Speculation, aus welcher ein Geschäft von dem einen Contrahenten abgeschlossen wird, ist begrifflich nur bei ihm vorhanden. Liegt dem Abschluss des Geschäfts durch den anderen Contrahenten ebenfalls eine Speculation zu Grunde, so muss dies mithin eine andere sein. Dadurch kommt, sobald das System der Handelsgeschäfte auf dem Grundgedanken der Speculation beruht, jedes Handelsgeschäft zunächst als einseitiges in Betracht, d. h. nach der Seite desjenigen Contrahenten, welcher allein als Speculant (der regelmässigen Beschaffenheit der Geschäfte nach) erscheint, oder dessen Speculationsabsicht allein ins Auge gefasst wird. Ist jedoch das Geschäft der Art, dass dem regelmässigen Verlauf nach auch auf Seite des anderen Contrahenten eine derartige speculative Absicht, welche ein Geschäft zum Handelsgeschäft macht, als vorhanden anzunehmen ist, so dass also das Geschäft auch auf seiner Seite als Handelsgeschäft erscheint, so kann man das Geschäft als beiderseitiges Handelsgeschäft bezeichnen.

Art. 271.

Art. 271.

Handelsgeschäfte sind:

1) der Kauf oder die anderweite Anschaffung von Waaren oder anderen beweglichen Sachen, von Staatspapieren, Actien oder anderen für den Handelsverkehr bestimmten Werthpapieren, um dieselben weiter zu veräussern; es macht keinen Unterschied, ob die Waaren oder anderen beweglichen Sachen in Natur oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräussert werden sollen;
2) die Uebernahme einer Lieferung von Gegenständen der unter Ziff. 1. bezeichneten Art, welche der Uebernehmer zu diesem Zweck anschafft;
3) die Uebernahme einer Versicherung gegen Prämie;
4) die Uebernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See und das Darleihen gegen Verbodmung.

Preuss. Entwurf Art. 212. — Entwurf I. Lesung Art. 234. — Entwurf II. Lesung Art. 254.

Protok. S. 405 bis 407. 412 bis 414. 500 bis 512. 513 bis 520. 522 bis 524. 532 f. 547. — 1263 bis 1272. 1283 bis 1288. 1288 bis 1291. — 4560. 5056 bis 5058. 5060 bis 5064. 5116 bis 5119.

§. 1. Der Artikel zählt die absoluten oder objectiven Handelsgeschäfte auf, d. i. diejenigen Geschäfte, welche auch, wenn sie einzeln, d. h. nicht gewerbemässig oder im Betrieb eines Handelsgewerbes abgeschlossen werden, Handelsgeschäfte sind. Sie sind hier jedoch nicht bloss als einzeln abgeschlossene zu betrachten, sondern auch als kaufmännische Grundgeschäfte, d. h. als solche Geschäfte, deren gewerbemässiger Betrieb ein Handelsgewerbe constituirt, den Betreibenden zum Kaufmann macht. (S. Vorbemerkung zu diesem Abschnitt §. 2).

Nro. 1. Der Handelskauf und die diesem sich anschliessenden Handelsgeschäfte[1]).

Nr. 1.

§. 2. An der Spitze aller Handelsgeschäfte steht dasjenige Geschäft, dessen Abschluss den Hauptinhalt des eigentlichen Handels, d. h. das Umsetzen der Waaren ausmacht.

[1]) Protok. 513 f. 518 f. 523. 531. 1285 bis 1289.

Art. 271. Nro. 1. §. 3. **Waaren.** Während der preussische Entwurf und der Entwurf erster Lesung dieses Wort nicht enthielten, beschloss man in zweiter Lesung dessen Aufnahme, „da hierin eine populäre Diction und eine Hinweisung darauf liege, dass es sich besonders um solche Sachen handle, welche gewöhnlich im Handel feilgeboten würden.“ (Protok. S. 1289)[2]. Eine Begriffsbestimmung der Waare ist wegen der nachfolgenden Worte, „oder anderer beweglichen Sachen“ etc. nicht erforderlich.

§. 4. **Jede bewegliche körperliche Sache,** mag sie einer Gattung von Sachen angehören, welche gewöhnlich im Handel feilgeboten werden, oder nicht, mag sie vertretbar sein oder nicht — kann Object des hier besprochenen Handelsgeschäfts sein. Ueber den Ausschluss der Geschäfte über Immobilien von den Handelsgeschäften s. Art. 275.

§. 5. **Werthpapiere.** Werthpapier ist kein juristischer Begriff, sondern umfasst verschiedene Rechtsbegriffe. Werthpapier ist nicht bloss das Creditpapier, sondern auch das Papiergeld, die Actie. Man kann den Begriff vielleicht am besten so verdeutlichen: das Werthpapier ist eine Schrift[3]), welche einen Vermögenswerth in der Art repräsentirt, dass derjenige, welcher die Schrift ordnungsmässig[4]) erwirbt, dadurch allein schon einen Vermögenswerth erwirbt. Nicht Werthpapiere sind demnach alle Documente, welche lediglich zum Beweis oder zur Legitimation dienen.

Nicht alle Werthpapiere werden als Gegenstand des Handelskaufs bezeichnet, sondern nur

§. 6. 1. **Staatspapiere.** Darunter sind zunächst unzweifelhaft Werthpapiere, welche der Fiscus ausstellt, zu verstehen. Der Sprachgebrauch beschränkt das Wort jedoch auf die vom Fiscus ausgestellten Creditpapiere, so dass es also Schriften bezeichnet, welche in einer derartigen Beziehung zu Forderungen an den Fiscus stehen, dass die Existenz des Documents eine begriffliche Eigenschaft der Forderung bildet. Man

[2]) Diese Bedeutung hat das Wort auch in Art. 273, wo, wie hier, daneben „andere bewegliche Sachen und Werthpapiere“ genannt werden, und in Art. 306, welcher ebenfalls daneben andere bewegliche Sachen nennt (in Art. 307 wird darauf von Inhaberpapieren gehandelt), während in Art. 51. 80. 335 Waare lediglich das Object von Veräusserungsgeschäften im Handelsverkehr bezeichnet.

[3]) Welche Beschaffenheit der Stoff, auf welchen die Schrift geschrieben (gedruckt) ist, hat, ist natürlich indifferent. Der Werth dieses Stoffes selbst kommt regelmässig nicht in Betracht. Die Scheidemünze steht in der Mitte zwischen dem groben Metallgeld, dessen Umlaufswerth nach der heutigen Münzpraxis seinem Metallwerth gleich ist (der Staat bezeugt nur durch die Schrift das Quale und Quantum des die einzelne Münze bildenden Metalls), und dem Papiergeld, bei welchem der Werth des Trägers der Schrift gar nicht in Betracht kommt.

[4]) Also z. B. durch Indossament der Ordrepapiere, durch Eintragung der Namenactien ins Actienbuch (Art. 182. 183. 223).

lässt aber gewöhnlich noch die weitere Beschränkung eintreten, dass nur **Art. 271. Nro. 1.** massenhaft emittirte Papiere als Staatspapiere bezeichnet werden, nicht aber z. B. Wechsel oder Accepte des Fiscus.

2. **Actien**[5]) ohne Unterschied, ob die betreffende Gesellschaft eine §. 7.
Handelsgesellschaft ist oder nicht, ob dieselben auf Inhaber oder auf Namen lauten, ob eine besondere Qualification des Erwerbers verlangt wird oder nicht.

Staatspapiere und Actien sind regelmässig für den Handelsverkehr bestimmt. Sie können aber auch dann Gegenstand eines Handelskaufs sein, wenn dies zufällig nicht der Fall ist. Das Gegentheil kann nicht aus den Worten „oder anderen" abgeleitet werden. Die Setzung der Papiere ausser Cours benimmt denselben ihre Veräusserbarkeit nicht, beschränkt diese vielmehr nur insofern, als der Inhaber sich als rechtmässiger Erwerber besonders legitimiren muss. Sie bleiben daher fähig Objecte von Handelsgeschäften zu sein.

3. **Andere für den Handelsverkehr bestimmte Werthpapiere.** Ob ein Werthpapier für den Handelsverkehr bestimmt ist, §. 8.
ist quaestio facti. Einen Anhaltspunkt gewährt die eine leichtere Uebertragbarkeit bezweckende Einrichtung derselben, die Stellung an Ordre oder auf den Inhaber, in der Art, dass nicht wohl andere als derartige Papiere als für den Handelsverkehr bestimmt anzusehen sind[6]). Ordrepapiere mögen wohl auch alle als für den Handelsverkehr bestimmt erscheinen, hingegen nicht alle auf Inhaber gestellten Papiere. Nicht hierher gehören z. B. Entréebillets, Eisenbahnbillets, Essmarken u. s. w., ebenso Sparcassenbücher[7]).

Anschaffung ist kein juristischer Begriff. Dem gewöhnlichen §. 9.
Sprachgebrauch nach ist darunter regelmässig ein Erwerben des Eigenthums einer Sache zu verstehen. Dass das Gesetzbuch das Wort in diesem Sinn auffasst, ergiebt sich daraus, dass die Anschaffung erfolgen soll, um die angeschaffte Sache **weiter zu veräussern.** Vernünftiger

[5]) Actienantheile sind Actien, s. Bemerk. zu Art. 207, §. 2.

[6]) Es ist nicht erforderlich, dass der Aussteller des Papiers den einzigen oder den Hauptzweck gehabt hat, ein Circulationspapier zu schaffen, wie z. B. die Banknote, oder ob das Papier zunächst zur Realisirung eines bestimmten Zweckes ausgestellt und nur zur Erleichterung der Realisirung an Ordre oder auf Inhaber gestellt wurde.

[7]) Postmarken (Francocouverts) sind Werthpapiere und zwar Papiergeld, zunächst freilich nur zur Zahlung einer gewissen Art von Forderungen bestimmt, von dem Verkehr aber auch als Zahlungsmittel für anderweite Forderungen geringen Betrags anerkannt. Durch die Abstempelung verlieren die Postmarken ihre Eigenschaft als Werthpapiere. Sie können aber dann als „bewegliche Sachen" Gegenstand des Handelskaufs sein.

Art. 271. Nro. 1. Weise setzt diese Absicht voraus, dass das Anschaffungsgeschäft auf Erwerb des Eigenthums gerichtet ist. Ausgeschlossen ist also namentlich Miethe, Commodat. Der Sprachgebrauch versteht aber unter Anschaffen nicht jedes auf Eigenthumserwerb gerichtete Geschäft, sondern ein Erwerben gegen Entgelt. Dass auch das Gesetzbuch in dieser Beschränkung das Wort versteht, geht insbesondere aus der Verbindung mit dem Kauf hervor: Kauf oder anderweite Anschaffung. Der Kauf ist nicht nur deswegen an die Spitze gestellt, weil er das hauptsächliche Erwerbsgeschäft überhaupt, sondern weil er das massgebende der in Frage kommenden Erwerbsgeschäfte ist. Neben ihm werden diejenigen Geschäfte genannt, welche in wirthschaftlicher Beziehung ihm gleich stehen, durch welche ebenfalls Eigenthum gegen Entgelt erworben werden soll, und die sich von ihm nur dadurch unterscheiden, dass das Entgelt nicht in Geld besteht. Es gehören also hierher alle Verträge, welche unter den Begriff des Kaufs im juristischen Sinn fallen[8]), also auch die Annahme an Zahlungsstatt[9]).

§. 10. **Um dieselben weiter zu veräussern.** Veräussern entspricht dem Anschaffen und ist in derselben Beschränkung aufzufassen wie dieses. Man versteht darunter, entsprechend dem Sprachgebrauch und der ratio des Artikels (s. Vorbemerkung zu diesem Abschnitt und unten §. 14), ein Geschäft, welches die Hingabe des Eigenthums gegen

[8]) Ob bei dem Anfertigenlassen einer Sache locatio conductio oder Kauf vorliegt, ist im Allgemeinen danach zu entscheiden, ob der Stoff vom Besteller oder vom Fabricanten gegeben wird. Aber auch im ersteren Fall kann dann ein Kauf vorliegen, wenn der Fabricant auch andern Rohstoff als den ihm gelieferten nehmen kann. Goldschmidt (Handbuch des Handelsrechts Bd. I, S. 408) will jedoch in diesem Falle einen Handelskauf deswegen nicht annehmen, „weil wirthschaftlich hier nur ein Verarbeitenlassen des Rohstoffs vorliege, da es verständigerweise nicht darauf ankommen könne, ob der Producent den Rohstoff, welchen er verarbeitet, veräussern will, selbst verarbeitet oder durch Dritte verarbeiten lässt.“

Mich will bedünken, als seien es gerade wirthschaftliche Gründe, welche zur Auffassung des erwähnten Geschäfts als Kauf führten. Man fasse nur das Verhältniss nicht so auf, dass zunächst die Absicht des Bestellers darauf gerichtet ist, aus seinem Material das Fabricat angefertigt zu bekommen, er es sich aber auch gefallen lässt, wenn aus besonderen Gründen der Fabricant zum Theil oder gänzlich anderes Material verwendet (wie z. B. bei dem Verhältniss zwischen dem Schnittwaarenhändler und dem kleinen Weber, von welchem er Garn verweben lässt), sondern so, wie es in den meisten Fällen thatsächlich sich gestaltet, dass der Besteller von vornherein weiss, dass das von den verschiedenen Bestellern gelieferte und von dem Fabricanten sonst angeschaffte Material nicht separirt gehalten wird. Unzweifelhaft würde man es auch wirthschaftlich als Kauf (oder Tausch) ansehen müssen, wenn der Producent für das Rohmaterial, welches er einliefert, sofort die entsprechende Quantität Fabricat erhält. Zwischen diesem Fall und demjenigen, ob er die Gegenleistung erst nach einer gewissen Zeit erhält, kann aber doch auch in wirthschaftlicher Beziehung ein Unterschied nicht gemacht werden.

[9]) Ein im Handelsverkehr nicht seltener Fall bei drohendem Concurs des Schuldners.

Entgelt zum Gegenstand hat, namentlich also Verkauf, ferner Tausch, in solutum datio u. s. w., nicht aber Vermiethung. Art. 271. Nro. 1.

Die Absicht, weiter zu veräussern, muss im Augenblick der Anschaffung vorhanden sein. Ob die Absicht realisirt wird oder nicht, kommt eben so wenig in Betracht, als es von Einfluss ist, wenn die Absicht, zu veräussern, nach der Anschaffung gefasst wird. Daraus folgt auch, dass das Anschaffen dem Veräusserungsgeschäft vorhergehen müsse.

Das Gegentheil behauptet mit Anderen Goldschmidt[10]). Er sucht dies zunächst durch die Entstehungsgeschichte der Bestimmung zu begründen. Allerdings erklären die Motive zum Reichshandelsgesetzbuch (S. 29), „dass der Kauf, durch welchen der Lieferant sich die Sachen, welche er zu liefern versprochen, anschafft, ein Handelsgeschäft sein solle,“ und die Motive zum preussischen Entwurf (S. 104) deduciren dasselbe „aus der Natur der Sache, nach welcher es gleich gelte, ob das Geschäft, zu dessen Ausführung die Anschaffung gemacht werde, ein noch zukünftiges oder ein bereits abgeschlossenes sei“. Diese Absicht der Verfasser der Motive findet sich jedoch im Text beider Entwürfe nicht realisirt. Das Reichshandelsgesetzbuch sagt in Art. 7:

Handelsgeschäfte sind auch in Betreff von Nichtkaufleuten

1. der Kauf — beweglicher Sachen, um sie — zu verkaufen[11]).

Der preussische Entwurf Art. 212 hat dieselben Worte, schaltet nur noch vor: „zu verkaufen“ ein: „weiter“. Es ist evident, dass beide Entwürfe, um den Einkauf zum Handelsgeschäft zu machen, die Intention des Käufers, einen Kaufvertrag abzuschliessen, verlangen, dass mithin dieser noch nicht abgeschlossen sein darf. Diesen klaren Worten gegenüber kann die entgegenstehende Interpretation der Motive nicht berücksichtigt werden.

Nicht völlig so deutlich ist allerdings in dieser Richtung die Fassung unseres Artikels 271 Nro. 1, da hier nicht von einer Anschaffung, um zu verkaufen, sondern von Anschaffung, um zu veräussern, die

10) Handbuch I, S. 238 f. 413, Note 25.

11) Darauf, dass in Art. 1 des Reichshandelsgesetzbuchs, welcher den Begriff des Kaufmannes bestimmt, in Nro. 1 gesagt wird: „Es ist gleich, ob die Anschaffung der Veräusserung vorausgeht oder nachfolgt,“ kann für die in den Motiven enthaltene Interpretation des Art. 7 Nro. 1 nichts abgeleitet werden, da die Begriffsbestimmung des absoluten Handelsgeschäfts auch in anderer Weise enger gefasst ist, als die des entsprechenden relativen. Im Gegentheil könnte man aus der angeführten Stelle des Art. 1 Nro. 1 eher ein argumentum a contrario entnehmen.

Art. 271. Nro. 1. Rede ist und das Wort „veräussern" an sich die Möglichkeit der Interpretation zulässt, dass darunter nicht der Abschluss des Veräusserungsgeschäfts, sondern die Erfüllung desselben zu verstehen sei.

Diese Auffassung ist jedoch hier nicht begründet. Unter Veräussern kann hier vielmehr nur dasjenige Geschäft verstanden werden, durch welches der eine Contrahent verpflichtet wird dem andern Contrahenten eine Sache zu übertragen oder übertragen zu lassen. Nur diese Auffassung entspricht dem Sinn der Bestimmung. Die Absicht, eine zu kaufende Sache einem Andern zu tradiren, kann an sich nie das Motiv zu Eingehung eines Speculationskaufes sein. Die Absicht des Speculationskäufers ist vielmehr mit Nothwendigkeit auf Abschluss eines Verkaufsgeschäfts gerichtet, aus welchem er zwar verpflichtet wird die betreffende Sache zu tradiren, bez. deren Tradition durch einen Dritten zu bewirken, dagegen aber auch vom Contrahenten eine Gegenleistung zu fordern hat, und gerade diese Gegenleistung ist es, auf deren Erlangung seine Absicht gerichtet ist. Ist nun auch nicht jedes unter unseren Satz fallende Geschäft ein Speculationskauf, so hat doch der Satz diesen wesentlich im Auge [12]), es ist mithin eine Interpretation nicht zulässig, welche mit dem Grundgedanken des Speculationskaufs in Disharmonie stände [13]).

Für den Verkehr hat überhaupt der Uebergang des Eigenthums, bez. das denselben bewirkende Geschäft, eine untergeordnete Bedeutung (fast nur im Concurs wird dasselbe wichtig) und tritt völlig zurück hinter demjenigen Geschäft, welches die Möglichkeit über die Sache zu disponiren in Folge der Erlangung eines obligatorischen Rechts auf Uebertragung gewährt. Auch das Anschaffen begreift die Tradition nicht in sich.

Es muss daher den Ausführungen Goldschmidt's entgegen getreten werden, welcher bei Behandlung des in Nro. 2 dieses Artikels als Handelsgeschäft erklärten Lieferungsverkaufs [13a]) so argumentirt: „Die nachfolgende Anschaffung des Lieferanten ist nach dem Wortlaut des Gesetzes und nach dem erkennbaren Willen der Verfasser [14]) objectives

12) S. Vorbemerkung zu diesem Abschnitt u. unten §. 14.

13) Dieses Argument spricht noch viel unmittelbarer für den hier vertheidigten Satz, wenn man, wie dies auch Goldschmidt thut, für jeden unter diesen Artikel fallenden Kauf das Moment der Speculation verlangt.

13a) Handbuch I, §. 48, S. 438.

14) Den Willen der Verfasser des Gesetzes will Goldschmidt in Note 12 darin erkennen, dass der oben angeführten Auffassung der Motive „im Lauf der Berathung nirgends widersprochen worden sei". Es ist jedoch bei den Berathungen sehr häufig Verwahrung dagegen eingelegt worden, dass aus der Nichtwiderlegung der in den Motiven aufgestellten Ansichten auf eine Billigung durch die Versammlung geschlossen werden dürfe. Sollte aber auch die Versammlung in der That in ihrer Majorität der von Goldschmidt vertheidigten Ansicht gewesen sein, so hat dies eine selbständige Bedeutung ebensowenig, wie den den Entwürfen beigegebenen Motiven eine solche zukommt. S. Bd. I, Einleitung §. 16, insbesondere auch Note 84. 85.

Handelsgeschäft [15]). Denn Art. 271, Nro. 1 begreift jede Anschaffung **Art.**
von beweglichen Sachen, um dieselben weiter zu veräussern. Der **271.**
Lieferant schliesst nun zwar das Veräusserungsgeschäft vor der An- **Nro. 1.**
schaffung, allein die Veräusserung im technischen Sinn, d. h. die Uebertragung des Eigenthums, bez. Usucapionsbesitzes, nimmt er selbstverständlich erst nach Anschaffung der Sache vor." Goldschmidt gesteht zu, dass nach dieser Interpretation „die Incongruenz entstehe, dass der Realisationskauf, nicht aber die Realisationsveräusserung objectives Handelsgeschäft sei, somit die Richtung der Speculation — ob à la hausse oder à la baisse — über die Natur des Realisationsgeschäfts entscheide". Er versucht dies aber aus inneren Gründen zu rechtfertigen. „Gleichwohl," fährt er fort, „ist diese Incongruenz nicht gerade unmotivirt. Denn eine Speculation à la baisse, insbesondere in Werthpapieren, ist eine so sehr dem Handelsstand eigenthümliche und daher der Handelssitte unterliegende Operation, dass dieselbe, wo sie einmal ausserhalb des Handelsstandes vorkommt, in allen ihren Theilen nach Handelsrecht beurtheilt werden will." Nun würde ich es zwar recht wohl begreifen, wenn man alle Geschäfte mit Werthpapieren als der Handelssitte wesentlich unterliegende Operationen zu den Handelsgeschäften gezählt hätte [15a]). Wie aber dieser Grund es rechtfertigen soll, dass die Speculation à la baisse anders als die à la hausse behandelt und gerade nur der Realisationskauf nach vorhergegangenem Lieferungsverkauf zum Handelsgeschäft gestempelt werde, bin ich ausser Stand einzusehen.

Offenkundigkeit der Absicht. Damit ein Kauf oder ein Lie- §. 11.
ferungsgeschäft [16]) ein Handelsgeschäft werde, ist nicht bloss erforderlich, dass die betreffende Absicht bei dem Käufer bez. dem Lieferanten vorhanden sei, sondern dass auch der andere Contrahent dieselbe kannte oder kennen musste.

Massgebend ist zunächst die ausdrückliche Erklärung [17]) des Con-

15) In der von Goldschmidt Note 12 a. E. citirten ersten Stelle Thöl's wird dies nicht ausgesprochen, die dort erwähnten „Grundgeschäfte des eigentlichen Handels" sind keineswegs identisch mit den objectiven Handelsgeschäften. Die angeführte Stelle Thöl's widerspricht daher keineswegs der zuletzt citirten: „Der Realisirungskauf (Realisirungsverkauf ist Druckfehler), überhaupt die Anschaffung, durch welche die Speculation realisirt wird, ist kein Handelsgeschäft."

15a) In erster Lesung war beschlossen worden, alle Geschäfte mit öffentlichen Creditpapieren für Handelsgeschäfte zu erklären, Protok. S. 518 f. Entwurf erster Lesung Art. 234 Nro. 3. In zweiter Lesung wurde diese ausnahmsweise Behandlung der betreffenden Papiere verworfen. Protok. S. 1289 f.

16) Für das Handelsgeschäft unter Nro. 2 gilt ganz dasselbe wie für das unter Nro. 1.

17) Es ist selbstverständlich, dass die mündliche Erklärung auch hier, wie überall, nur insofern sie als eine ernstliche erscheint, in Betracht kommt, und dass die Erklärung aus den begleitenden Umständen interpretirt werden kann.

Art. 271. Nro. 1. trahenten, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft sein soll, selbst wenn diese wahrheitswidrig gegeben sein sollte [18]). Wo es an einer solchen Erklärung gebricht, ist auf die Umstände des Falls zu achten. Es können hier namentlich die Grösse und die Beschaffenheit des angeschafften oder zu liefernden Objects, ferner die Lebensverhältnisse des Anschaffenden oder Lieferanten wichtig werden [19]).

§. 12. Eine **Präsumtion** existirt weder dafür, dass ein Geschäft Handelsgeschäft sei, noch für das Gegentheil. Namentlich wird auch in dem Fall, wenn es fraglich ist, ob eine Sache, deren Leistung versprochen wird, von dem Lieferanten schon angeschafft war oder noch angeschafft werden soll, eine Präsumtion für die eine oder die andere Thatsache nicht aufzustellen sein. Der Richter hat die Lage des einzelnen Falls ins Auge zu fassen, den Parteien bleibt es überlassen, Thatsachen anzuführen bez. zu beweisen, aus welchen der Richter den Stoff seiner Entscheidungen schöpft.

§. 13. **Concurrenz verschiedener Absichten.** Mit der Absicht, die anzuschaffende Sache zu veräussern, kann eine andere Absicht zusammentreffen, z. B. die Absicht, die Sache selbst zu gebrauchen. Dies Zusammentreffen kann in verschiedener Weise stattfinden.

1) Sollen beide Zwecke nacheinander erreicht werden, so wird der der Zeit nach früher zu erreichende Zweck in den meisten Fällen massgebend sein. So wird das Anschaffen zum Selbstgebrauch oder zur Vermiethung auch dann nicht als Handelsgeschäft anzusehen sein, wenn der Anschaffende den Verkauf nach gemachtem Gebrauch beabsichtigt, ja selbst wenn er die Hoffnung hat, die Sache dann noch theurer zu verkaufen, als er sie angeschafft hat. Prävalirt jedoch die Absicht zu verkaufen in der Art, dass die Gebrauchsabsicht nur eine secundäre Bedeutung hat, so ist ein Handelsgeschäft anzunehmen. Ein Kriterium für das Eine oder Andere kann darin liegen, ob durch den Gebrauch ein Bedürfniss befriedigt werden soll oder nicht. Aber auch, wo ein solches vorliegt, kann doch aus der besonderen Beschaffenheit der Sache, welche mit Rücksicht auf den späteren Verkauf gewählt wurde, auf das Prävaliren der Verkaufsabsicht geschlossen werden. Z. B. meinem Gebrauchsbedürfniss würde durch eine Sache von ganz geringem Werth genügt werden können, ich kaufe aber eine solche von hohem Werth, weil diese bei dem

[18]) Erklärt der Käufer, obgleich er die anzuschaffende Waare selbst zu benutzen gedenkt, vielleicht um einen niedrigeren Preis zu erhalten, dass er in der Absicht weiter zu verkaufen kaufe, behauptet der Verkäufer, welcher selbsterzeugte Waare liefern will, dass er die zu verkaufende Waare anschaffen wolle, so liegt ein Handelsgeschäft vor.

[19]) Weitere Exemplification s. bei Goldschmidt, Handb. Bd. I, S. 423.

späteren Verkauf Gewinn verspricht, welchen ich durch den Verkauf der minder werthvollen nicht erzielen würde. Ueberhaupt wird die Frage, ob aus dem Verkauf selbst Gewinn beabsichtigt wird, hier überall in den Vordergrund treten. Bei der Berechnung des Gewinnes darf jedoch der Vortheil, der durch den Gebrauch erlangt ist, nicht in Rechnung gebracht werden. Dagegen wird die Natur des Handelsgeschäfts dadurch nicht ausgeschlossen, dass der zwischen Ankauf und Verkauf liegende Gebrauch die Abschliessung des Geschäfts überhaupt ermöglicht, z. B. weil dadurch die Möglichkeit der Aufbewahrung der Sache gegeben ist. Art. 271. Nro. 1.

2) Concurrirt die Absicht, die gekauften Sachen weiter zu verkaufen, mit der Absicht, die Sache in anderer Weise zu verwenden, in der Art, dass nicht beide neben einander, sondern nur entweder die eine oder die andere realisirt werden soll, so ist diejenige Absicht massgebend, welche als die primäre erscheint. Habe ich z. B. beim Einkauf zunächst die Absicht, die Sache zu gebrauchen oder zu vermiethen, für den Fall jedoch, dass dieselbe sich nicht bewähren oder dass ich eine andere zweckmässigere erwerben, oder dass mir ein besonders hoher Preis geboten würde, sie zu verkaufen, so liegt kein Handelsgeschäft vor. Beabsichtige ich zunächst den Verkauf und nur für den Fall, dass sich mir dazu keine vortheilhafte Gelegenheit bieten würde, den Selbstgebrauch, so liegt ein Handelsgeschäft vor. Dies gilt auch dann, wenn ich mehrere Sachen von ähnlicher Beschaffenheit kaufe, in der Absicht, eine (oder mehrere) davon, aber vorläufig noch unbestimmt welche, zu gebrauchen, die andere (oder die anderen) aber zu verkaufen. Auch hier ist die Anschaffung aller Sachen entweder Handelsgeschäft oder nicht, je nachdem ich beabsichtige, die nicht zu verkaufenden zu gebrauchen, oder die nicht zu gebrauchenden zu verkaufen.

3) Ist die Absicht zu verkaufen in Betreff einzelner Theile oder Bestandtheile der gekauften Sache vorhanden, während der Käufer beabsichtigt, die anderen Theile oder Bestandtheile selbst zu gebrauchen oder zu consumiren, so wird die überwiegende Absicht massgebend. Diese wird oft zu erkennen sein aus dem Verhältniss der Grösse oder des Werthes der einzelnen Theile oder Bestandtheile der Sache, welche zur Realisirung der einen oder der andern Absicht verwendet werden sollen, z. B. ich kaufe 100 Ctr. einer Waare und beabsichtige einen Centner für mich zu behalten, die anderen 99 Centner zu verkaufen oder umgekehrt. Unter Umständen kann jedoch auch das Grössen- und Werthverhältniss nicht als massgebend erscheinen, wenn z. B. der Käufer den nicht selbst gebrauchten Theil um den Einkaufspreis weiter zu verkaufen beabsichtigt und die grössere Quantität nur darum angeschafft

Art. 271. Nro. 1. hat, um den für sich behaltenen Theil um den Engrospreis zu erwerben, oder die Möglichkeit zu haben, sich die besseren Stücke auszusuchen u. s. w. Oder umgekehrt: ich habe Gelegenheit eine Partie einer gewissen Waare sehr vortheilhaft zu verkaufen und kaufe, lediglich um diesen Verkauf abschliessen zu können [20]), eine gerade vortheilhaft zu erwerbende bei weitem grössere Quantität derselben Waare, indem ich beabsichtige, den grösseren Theil für mich zu behalten. Dass die Absicht hier vorwiegend auf den Weiterverkauf gerichtet ist, wird sich namentlich dann zeigen, wenn der für die zu verkaufende kleinere Partie erwartete Preis höher ist, als der für die ganze angekaufte Masse gegebene.

Nicht in Betracht kommt überall der Gebrauch, der von einer Sache, die lediglich zum Zweck des Weiterverkaufs gekauft ist, während der Zeit, dass sie bei dem Käufer sich befindet, namentlich auch bei Gelegenheit der Bearbeitung oder Verarbeitung derselben gemacht wird, z. B. Benutzung eines Pferdes, welches zugeritten oder eingefahren wird (Bearbeitung). Ebenso wenig kommt in Betracht der spätere Verkauf derjenigen Producte, welche bei einer zum Gebrauch oder zur Consumtion angeschafften Sache hervorgebracht werden, z. B. Production chemisch reinen Kupfers bei Gelegenheit des Telegraphirens, von Coaks u. s. w. bei der Gasfabrication, des Düngers bei dem Mästen von Vieh. Mag auch der aus dem Verkauf dieser Producte zu erzielende Erlös bei der Anlage der betreffenden Einrichtung ins Auge gefasst worden sein, so wird dadurch doch der Ankauf des Vitriols, der Steinkohlen, des Viehfutters nicht zum Handelsgeschäft. Dies ist selbst dann nicht der Fall, wenn ein derartiges Product einen höhern Werth hat, als das Rohmaterial. Nur auf die Beantwortung der Frage, welche Absicht beim Einkauf als prävalirend anzunehmen ist, kann die Berücksichtigung dieses Werthverhältnisses von Einfluss werden.

§. 14. Gehört die **Absicht durch die Weiterveräusserung Gewinn zu machen,** zu den Erfordernissen des einzelnen Handelsgeschäfts?

Die Ursache, warum der Kauf um weiter zu veräussern als objectives Handelsgeschäft aufgestellt wird, ist die, dass derartigen Käufen regelmässig eine Speculation, d. h. die Absicht, durch einen vortheilhaften Verkauf zu gewinnen, zu Grunde liegt. Regelmässig: d. h. diese Absicht ist nicht nur zufällig in den überwiegend meisten Fällen vorhanden, sondern sie ist eine nothwendige Folge aus dem die

[20]) Nicht um einen schon abgeschlossenen Verkauf zu erfüllen, denn dann würde kein Handelsgeschäft vorliegen s. o. §. 10 ff.

Gesammtheit in ihren wirthschaftlichen Angelegenheiten leitenden Princip. Aus diesem Grunde ist es aber auch gerechtfertigt, bei der Aufstellung von Rechtsregeln für den Kauf, um wieder zu verkaufen, von diesem Moment überall auszugehen, so dass diese Rechtsregeln auch dann Anwendung finden, wenn im einzelnen Fall einmal zufällig dieses Moment der Speculation fehlt. In dieser Weise ist das Handelsgesetzbuch in Artikel 271 Nro. 1 aufzufassen. Es enthält nicht die geringste Andeutung, dass das einzelne Geschäft, um Handelsgeschäft zu werden, in der Absicht zu gewinnen eingegangen werden müsse [21]). Art. 271. Nro. 1.

Zieht man das Speculationsmoment in den Begriff des Handelsgeschäfts mit hinein, so gelangt man zu eigenthümlichen Resultaten, wie sich aus folgenden Beispielen ergiebt.

Es unternimmt Jemand eine Fabrik, obgleich von vornherein seine Calculation ergiebt, dass er auch unter den günstigsten Umständen Gewinn nicht erwarten kann. Er unternimmt sie aber aus Wohlthätigkeitsgründen, um den Bewohnern einer Gegend Gelegenheit zum Arbeitsverdienst zu gewähren, oder diese Absicht ist zwar nicht bei ihm selbst vorhanden, aber bei einer andern Person, z. B. dem Staat, welcher einen Zuschuss giebt, um den Ausfall zu decken, bez. um dem Unternehmer eine Entschädigung für seine Mühe, den Aufwand des Betriebscapitals u. s. w. zu gewähren [22]).

Der Unternehmer hat von vornherein die Absicht, die Producte lediglich zum Herstellungspreise zu verkaufen, z. B. bei einer Fabrik landwirthschaftlicher Instrumente und Maschinen zum Zweck der Hebung der Landwirthschaft.

Der Unternehmer beabsichtigt zwar aus dem Verkauf Gewinn zu machen, diesen aber sofort zur Vergrösserung des Etablissements zu verwenden, um einer grösseren Anzahl von Arbeitern Beschäftigung geben zu können, oder den Gewinn zur besseren Bezahlung seiner Arbeiter, zur Errichtung von Wohlthätigkeitsanstalten zu verwenden.

Jemand unternimmt ein unter den dermaligen Umständen nicht gewinntragendes Geschäft in der Absicht, später aus dem Betrieb desselben Gewinn zu ziehen, z. B. bei Veränderung des Zollsystems, Entstehung neuer Communicationsmittel u. s. w., oder um einen ihm in anderer Beziehung beschwerlichen Concurrenten abzuhalten; z. B. er kauft ein Etablissement und setzt dasselbe fort, um den Ankauf desselben durch

[21]) Ebenso wenig darf dies in das Gesetz interpretirt werden, als man die Anwendung des S. C. Velleianum, auf geschäftserfahrene Frauen bestreiten kann.

[22]) Nicht zu verwechseln mit der Garantie, den etwaigen Ausfall zu decken, sogenannte Zinsengarantie.

Art. 271. Nro. 1. einen Andern, der es zu vergrössern und auf andere Productionen auszudehnen beabsichtigt, zu verhindern.

Ein Fabricant arbeitet auch während ungünstiger Conjuncturen doch fort, obgleich er keinen Gewinn, ja nicht einmal Zinsen macht, sogar positiven Verlust erleidet, nur um für künftige Zeiten seine Arbeiter oder seine Kunden nicht zu verlieren.

Es wird nicht leicht Jemand dem Unternehmer in irgend einem der angeführten Beispiele die Kaufmannsqualität bestreiten. Damit ist aber auch anerkannt, dass zum Begriff des einzelnen Handelsgeschäfts das Speculationsmoment nicht erforderlich ist. Man kann nicht einwenden, dass der gewerbemässige Betrieb, der hier überall vorliege, die einzelnen Geschäfte zu Handelsgeschäften mache; denn es handelt sich ja gerade um die Geschäfte, deren Abschluss den gewerbemässigen Betrieb constituirt, und der Kauf um wieder zu verkaufen gehört nicht zu denjenigen Geschäften, welche nach Art. 272 dann, wenn sie gewerbemässig betrieben werden, Handelsgeschäfte werden, auch wenn sie es an sich noch nicht sind. Wird mithin eine Person durch den gewerbemässigen Betrieb von Kauf, um wieder zu verkaufen, auch dann ein Kaufmann, wenn die einzelnen Geschäfte nicht mit der Absicht Gewinn zu erzielen abgeschlossen werden, so müssen die einzelnen Geschäfte selbst, auch wenn sie ohne diese Willensrichtung abgeschlossen sind, Handelsgeschäfte sein. Bestreitet man dagegen den einzelnen Geschäften diese Eigenschaft, so bestreitet man demjenigen, welcher sie gewerbemässig betreibt, die Kaufmannsqualität.

Oder will man den indirecten Gewinn berücksichtigen? Dann würden zwar mehrere der angeführten Fälle auszuscheiden sein. Wo aber hat der indirecte Gewinn eine fassbare Grenze? Könnte es doch selbst als indirecter Gewinn angesehen werden, dass die Bevölkerung durch den gebotenen Arbeitsverdienst materiell und sittlich gehoben, und dadurch von Gefährdung fremden Eigenthums, vom Bestreben nach politischen und socialen Umwälzungen abgehalten wird.

Ferner: berücksichtigt man den indirecten Gewinn bei gewerbemässig betriebenen Geschäften, so muss er auch bei einzeln abgeschlossenen Geschäften in Berücksichtigung kommen. Ich kaufe eine grössere Quantität Waaren ein, obgleich ich weiss, dass ich aus dem Verkauf keinen Gewinn ziehen kann, um dadurch den Verkäufer zu bestimmen, mir sein Fabriketablissement zu zeigen, da ich mit der Anlage eines ähnlichen umgehe, oder um von demselben zu einer Stelle empfohlen zu werden. Ich kaufe, um an einen Andern um denselben Preis wieder zu verkaufen, aber mit der Nebenabsicht, durch den Vortheil, den ich ihm gewähre, ihn zur Ge-

währung anderer Vortheile zu veranlassen. Ich bin in Geldverlegenheit, kaufe auf Credit in der Absicht, gegen baar zwar wohlfeiler zu verkaufen, aber mit dem erlangten Kaufpreis mir in anderer Weise zu helfen [23]. Ueberall liegt hier ein indirecter Gewinn und noch dazu in leicht fassbarer Weise vor. Art. 271. Nro. 1.

Verlangt man für jeden einzelnen Kauf, damit derselbe Handelsgeschäft werde, das Vorhandensein einer Speculation, so führt die Consequenz dazu, einem Kauf auch dann die Eigenschaft als Handelsgeschäft zu versagen, wenn er zwar in der Absicht theurer zu verkaufen eingegangen wird, der Käufer aber schon sicher ist, dass er um den beabsichtigten höheren Preis verkaufen werde, wenn also z. B. A, der von B eine Kaufsofferte erhalten hat, in der Zeit, in welcher dieser an seine Offerte gebunden ist [24], ohne aber selbst acceptirt zu haben, die betreffenden Waaren von C einkauft in der Absicht, die ihm gemachte Offerte zu acceptiren und den dadurch mit B abgeschlossenen Verkauf durch die von C angekaufte Waare zu erfüllen. Hier liegt nicht etwa auf Seiten des A ein Lieferungsgeschäft im Sinne des Art. 271, Nr. 2 als Speculationsgeschäft und ein Kaufgeschäft als Realisirungsgeschäft vor; denn der Vertrag zwischen A und B wird erst abgeschlossen, nachdem A die Waare gekauft hatte. A schliesst vielmehr mit C einen Kauf um zu verkaufen ab, und zwar um mit Gewinn zu verkaufen. Dieser Gewinn ist ihm aber, da B an seine Offerte gebunden ist und er selbst durch Absendung seiner Annahme den Vertrag sofort perfect machen kann, völlig sicher; eine eigentliche Speculation liegt also nicht vor.

Ja man wird eine eigentliche Speculation selbst dann nicht annehmen können, wenn der Käufer, welchem bekannt ist, dass eine Waare um einen bestimmten Preis gesucht ist, dieselbe in der Absicht, sie um diesen Preis sofort zu verkaufen, um einen niedrigeren Preis einkauft.

Ganz inconsequent aber erscheint es, wenn Goldschmidt trotz des verlangten Requisits der Speculation den zur Realisirung eines abgeschlossenen Lieferungsgeschäftes vorgenommenen Kauf als Handelsgeschäft bezeichnet [25].

Endlich lässt sich gegen Goldschmidt's Auffassung noch einwen-

[23]) Bei einem solchen Geschäft braucht keine dolose Absicht vorzuliegen, wie beim Verschwender, von welchem Goldschmidt (Handbuch I, S. 425) spricht. — Auch das Beispiel Brinckmann's (Lehrbuch des Handelsrechts §. 2 Note 1) „ein Kauf von einem Schuldner zu hohen Preisen, um die gefährdete Forderung an denselben compensiren zu können," gehört hierher.

[24]) Sei es die Zeit, für welche er nach Art. 319 gebunden ist, oder die längere, für welche er sich in seiner Offerte gebunden hat. S. Bemerkungen zu Art. 319.

[25]) Siehe gegen diese Auffassung oben §. 10.

Art. 271. Nro. 1. den, dass wenn die Absicht mit Gewinn zu verkaufen zu den Requisiten des Handelsgeschäfts gehört, auch diese Qualificirung der Veräusserungsabsicht dem Gegentheil erkennbar vorliegen müsse. Oder soll, wenn die Veräusserungsabsicht an sich erkennbar ist, dieses weitere Moment präsumirt werden?

Gelangt man durch die vorstehenden Ausführungen zu dem Resultat, dass die erkennbare Absicht, eine Sache weiter zu veräussern, den Ankauf derselben zum objectiven Handelsgeschäft macht, wenn auch die Absicht mit Gewinn zu verkaufen nicht vorhanden (oder nicht erkennbar) ist, so folgt daraus nicht, dass die Absicht mit Gewinn zu verkaufen überhaupt völlig indifferent ist. Selbst in Bezug auf ein einzelnes Geschäft kann die Frage, ob die Absicht auf Weiterverkauf mit Gewinn vorliegt, von Bedeutung sein. Wenn z. B. aus dem Grund, weil mit der Veräusserungsabsicht eine andere Absicht concurrirt, fraglich ist, ob ein Handelsgeschäft vorliege oder nicht, so kann der Umstand, dass bei der Weiterveräusserung Gewinn beabsichtigt wird, für die Auffassung des Geschäfts als Handelsgeschäft den Ausschlag geben. (S. o. § 13 Nro. 1).

Von der allergrössten Bedeutung ist aber die Berücksichtigung dieses Moments für Interpretation des Gesetzes. Da nämlich, wie oben erwähnt wurde, das Gesetz den Kauf um weiter zu verkaufen deswegen als objectives Handelsgeschäft aufstellt, weil derartigen Käufen regelmässig eine Speculation zu Grunde liegt, so muss bei einem Zweifel über den Sinn der einzelnen Ausdrücke unseres Artikels diejenige Interpretation vorgezogen werden, nach welcher die Worte des Gesetzes sich gerade auf diesen Fall beziehen. Es ist dies insbesondere für die Interpretation der eine verschiedene Auffassung zulassenden Worte: „anschaffen“, „veräussern“ von Wichtigkeit.

§. 15. **In Natur oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung.**

Durch diesen Zusatz ist die oft sehr schwierige und namentlich für das gemeine Recht bedeutungsvolle Untersuchung, in Folge welcher Manipulation eine Sache aufhört als unverändert zu gelten, bez. wo die Grenze zwischen Bearbeitung und Verarbeitung liegt, gleichgültig geworden. Dagegen ist die Frage praktisch, unter welchen Voraussetzungen die verkaufte Sache noch als identisch mit der eingekauften und verarbeiteten, der Ankauf der letzteren also als Handelsgeschäft anzusehen ist, und unter welchen Voraussetzungen dieselbe als eine neue selbständige erscheint, in welchen Fällen also der Einkauf der früheren Sache kein Handelsgeschäft ist.

Es hängt hier Alles von der im gewöhnlichen Leben gang-

baren Auffassung ab. Nach dieser ist nicht auf die äussere Form, noch aber auch auf die innere körperliche Beschaffenheit zu sehen, denn es ist unzweifelhaft, dass das Fabricat als Bearbeitung oder Verarbeitung des Rohmaterials aufgefasst wird, mögen auch beide generisch verschieden sein: sie erscheinen mithin im Sinne dieses Artikels als identisch. Es ist auch völlig gleichgültig, ob das Fabricat nur aus einem Bestandtheile des fraglichen Rohstoffes und ob aus diesem etwa mehrere Fabricate hervorgegangen sind, oder ob das Fabricat aus verschiedenen Rohstoffen gebildet ist, oder ob beides zusammentrifft. Ebenso wenig kann es darauf ankommen, ob die durch Menschenhand oder Maschine bewirkte Arbeit unmittelbar die Veränderung hervorgebracht hat, oder ob die Arbeit nur darin bestand, das Material in eine derartige Lage zu bringen, dass sogenannte Naturkräfte in einer bestimmten Richtung darauf einwirken und die Veränderung herbeiführen konnten. Ueberall liegt der Begriff des Rohstoffes und des Fabricats vor, und ist daher die Beantwortung unzweifelhaft. Art. 271. Nro. 1.

Schwieriger wird die Frage, wo dieser Begriff (richtiger vielleicht diese Bezeichnung) im Stich lässt. Es bleibt nichts übrig als einzelne Beispiele aufzuführen.

Die Pflanze wird nicht als eine Verarbeitung des Samens, die Frucht nicht als eine Verarbeitung der Pflanze betrachtet, wenngleich die Arbeit des Erwerbers des Samens die Entstehung der Pflanze aus dem Samen, die Thätigkeit des Erwerbers der Pflanze die Entstehung der Frucht aus der Pflanze in ähnlicher Weise möglich gemacht hat, wie die vielleicht viel geringere Arbeit des Fabricanten die chemische Verbindung zweier Stoffe zu einem dritten oder den galvanischen Niederschlag des Kupfers ermöglicht hat. Dasselbe gilt betreffs der Thiere (das Huhn ist keine Verarbeitung des Eies, auch wenn es künstlich ausgebrütet ist) und der Früchte von Thieren, z. B. der Jungen, der Wolle, der Milch, des Düngers [26]).

Ebenso wird die Stoffveränderung, welche eine Sache durch einen im Inneren eines Thieres vorgehenden Process erleidet, nicht als Verarbeitung anzusehen sein. Ankauf von Futter zur Fütterung einer Kuh oder eines Huhnes, um Milch oder Eier zu verkaufen, ist nicht Handelsgeschäft.

Dagegen hebt die durch Wachsen hervorgebrachte Veränderung

[26]) So weit diese Früchte beim Ankauf schon vorhanden sind, z. B. die Wolle auf dem Schaf, erscheinen sie als Theile des gekauften Thieres. Der beim Ankauf des Thieres beabsichtigte Verkauf derselben, eben so wie der einzelnen Fleischstücke erscheint daher als Realisirungsgeschäft, der Ankauf des Thieres aber als Handelsgeschäft. Ueber die Concurrenz verschiedener Absichten s. o. §. 13.

Art. 271. Nro. 1. selbst dann, wenn in Folge derselben das Object eine andere Bedeutung und einen viel grösseren Werth erhält, die Identität des Objectes nicht auf, so dass z. B. der Ankauf von magerem Vieh, um es gemästet wieder zu verkaufen, von Füllen und Kälbern, um sie als Pferde und Ochsen zu verkaufen, als Handelsgeschäft erscheint.

Sachen, welche angeschafft werden, um bei der Bearbeitung oder Verarbeitung einer Sache Dienste zu leisten, dieselbe zu ermöglichen oder zu unterstützen, z. B. Holz, Kohlen, Gährungsstoffe, sind nicht Object eines Handelsgeschäfts, auch wenn die zu bearbeitende oder zu verarbeitende Sache verkauft oder für die Bearbeitung oder Verarbeitung Lohn genommen werden soll.

Werden Sachen mit anderen in der Art verbunden, dass sie zu denselben nur ganz nebensächlich (als sogen. Zuthaten) hinzutreten und die Hinzufügung nur als besondere Art der Bearbeitung oder Verarbeitung erscheint, z. B. die Farbe zum Zeug [27]), der Lack zum Holz oder Blech, die Nähseide und die Knöpfe zu dem zum Rock verarbeiteten Tuch, so erscheinen sie nicht als Gegenstand des Verkaufs [28]) und folgeweise auch ihre Anschaffung nicht als Handelsgeschäft.

Dahin gehören auch solche Sachen, welche der zu verkaufenden Sache beigegeben werden, um dieselbe zusammenzuhalten, zu schützen, ihre Eigenschaften gehörig hervortreten zu lassen, selbst dann, wenn sie bei dem Verkauf besonders in Ansatz kommen, wie z. B. bei den zur Verpackung dienenden Sachen der Fall sein kann.

Ist dagegen die einer Sache beigefügte gekaufte Sache von der gleichen Beschaffenheit, wie diese, oder erhält durch diese Beifügung die Sache eine ganz andere Beschaffenheit (so dass also beide Sachen als Rohstoffe der als Fabricat sich herausstellenden Sache erscheinen), so wird, wenn die gekaufte Sache auch nur in kleinen Mengen hinzugefügt wird, ihre Anschaffung doch als Handelsgeschäft anzusehen sein [29]).

Nicht als eine Bearbeitung oder Verarbeitung von Rohmaterial erscheint es, wenn Sachen zum Zweck der Realisirung einer künstlerischen

27) Ist das Zeug nur Träger der anderweit zu verwendenden Farbe, so bildet die Farbe, nicht das Zeug den Gegenstand des Geschäfts.

28) Selbst wenn die einzelnen „Zuthaten" in der Verkaufsrechnung besonders aufgeführt sind.

29) A. M. ist Goldschmidt (Handbuch S. 419, Note 34). Er erkennt nicht als Handelsgeschäft an „die Anschaffung von Sachen, welche in Verbindung mit den selbstgewonnenen veräussert werden sollen, z. B. die gekauften Kohlen mit dem selbstgewonnenen Roheisen, das gekaufte Zinn mit dem selbstgewonnenen Kupfer, der zur Veredlung des selbstgezogenen Weines angeschaffte, Graphit oder Getreide zur Mischung mit dem selbsterzeugten." Goldschmidt will hierbei die für den Eigenthumserwerb durch Verbindung beweglicher Sachen (accessio) mass-

Idee angeschafft werden (Marmor, Leinwand, Farben), wenn auch die Absicht das Kunstwerk zu verkaufen vorlag [30]). Ebenso wenig ist das Haus verarbeitetes Baumaterial und ein Buch verarbeitetes Papier [31]). **Art. 271. Nro. 1.**

Diese Fragen erhalten namentlich deswegen eine grosse Bedeutung, weil je nach ihrer Beantwortung die Entscheidung, ob eine Person, welche diese Geschäfte gewerbemässig abschliesst, dadurch unter Artikel 4 fällt oder nicht, z. B. ob der Wein- und Eisenproducent, der Handwerker und Fabricant, der fremdes Material zur Bearbeitung übernimmt, wegen des gewerbemässigen Einkaufs der Zuthaten, der Künstler wegen der gewerbemässigen Anschaffung von Farben Kaufmann wird.

Nro. 2. Die Uebernahme einer Lieferung von Gegenständen der unter Ziffer 1 bezeichneten Art, welche der Uebernehmer zu diesem Zweck anschafft [32]). **Nro. 2.**

Liefern ist übertragen einer beweglichen Sache, speciell übertragen zu Eigenthum, aber noch mit der besonderen Bedeutung, dass die Uebergabe nicht sofort mit Entstehung der Verpflichtung zur Uebergabe erfolgen soll. §. 16.

Uebernahme einer Lieferung ist sonach Abschluss eines Veräusserungsgeschäfts über bewegliche Sachen, welches nicht sofort erfüllt werden soll. Ob das Object des Geschäfts sich im Eigenthum des Veräusserers befindet oder nicht, ob es eine individuell bestimmte Sache oder ein Genus ist, hat auf die Qualificirung des Abschlusses des Geschäfts als Uebernahme einer Lieferung keinen Einfluss.

In der zweiten Beziehung unterscheidet die in Nro. 2 unseres Artikels enthaltene Bestimmung ebenfalls nicht, wohl aber in ersterer.

Die Worte „**welche der Uebernehmer zu diesem Zweck anschafft**" lassen an sich zwar eine verschiedene Auffassung zu. Man kann sie 1) so auffassen, dass in ihnen eine Bezugnahme auf ein bestimmtes Zeitverhältniss der Anschaffung zu einem andern Ereigniss, namentlich der Lieferung, nicht liegt. „Zu diesem Zweck" heisst dann soviel als, um §. 17.

gebenden Principien analog benutzen. Es entscheide, welche von den mehreren verbundenen Sachen dem Ganzen den Namen gebe; gebe dies nicht den Ausschlag, so sei bei gleichartigen Sachen das Quantitätsverhältniss, bei ungleichartigen das Werthsverhältniss massgebend. — Eine analoge Anwendung dieser Grundsätze scheint mir deswegen nicht zulässig, weil sie auf einer ganz anderen ratio beruhen, als unsere Bestimmung über die Handelsgeschäfte.

30) Ob eine Sache Kunstwerk oder nur künstlerisch bearbeitetes Material ist, ist quaestio facti. Häufig wird entscheidend sein, ob die betreffende Sache ein für den wirklichen Gebrauch bestimmter Gegenstand ist oder nur den Schein eines solchen hat.

31) Siehe Bemerkungen zu Art. 275, und Art. 272, Nro. 5.

32) Protok. 516 bis 518. — 1285 bis 1288. 1289 f.

Art. 271. Nro. 2. Gegenstand von Lieferungsgeschäften zu werden. Die Anschaffung kann der Uebernahme der Lieferung, deren Object die Sache sein soll, nachfolgen, sie kann ihr aber auch vorausgehen.

2) Nach der anderen Auffassung heisst „zu diesem Zweck" soviel als, um Gegenstand der übernommenen Lieferung zu sein. Die Anschaffung folgt also der Uebernahme nothwendig nach.

Es ist nun aber nicht wohl denkbar, dass der Gesetzgeber die Worte in der ersten weiteren Bedeutung aufgefasst wissen will, und zwar aus folgenden Gründen:

1) Es würden Geschäfte von der verschiedensten wirthschaftlichen Bedeutung willkürlich zusammengestellt und für Handelsgeschäfte erklärt werden. Einmal

a) solche Geschäfte, bei welchen der Regel nach eine speculative Absicht vorliegt, nämlich die, eine später um einen wohlfeileren Preis einzukaufende Sache jetzt schon um einen theureren Preis zu verkaufen, und ferner

b) solche Geschäfte, bei welchen eine speculative Absicht überhaupt nicht vorhanden sein kann, sondern welche sich als bestimmt qualificirte Realisirungsgeschäfte eines der unter Nro. 1 dieses Artikels aufgeführten Geschäfte darstellen.

2) Es widerspricht der aus dem System des Gesetzbuches selbst erkennbaren Absicht des Gesetzgebers, Realisirungsgeschäfte als Handelsgeschäfte auch dann zu erklären, wenn sie nicht von einem Kaufmann in seinem Handelsgewerbe abgeschlossen werden.

3) Wenn auch Realisirungsgeschäfte von Handelskäufen, welche in einer Lieferung bestehen, unter die Handelsgeschäfte aufgenommen wären, so könnte als ratio dieser Bestimmung nur angenommen werden entweder

a) der Umstand, dass diese Geschäfte Realisirungsgeschäfte von Handelsgeschäften sind. Man betrachtete also das in dem Abschluss eines Handelskaufs liegende Speculationsmoment als fortwirkend auch auf die entsprechenden Realisirungsgeschäfte. Oder die ratio läge

b) in der Eigenschaft dieser Geschäfte als Lieferungsgeschäfte. Das Speculationsmoment bildete dann der das Lieferungsgeschäft charakterisirende Umstand, dass dasselbe erst eine gewisse Zeit nach Abschluss erfüllt werden soll. — Allein dann ist völlig unersichtlich, warum bei Festhaltung des ersten Moments die Bestimmung beschränkt wäre auf eine Gattung der Realisirungsgeschäfte von Handelskäufen, und warum, wenn vom zweiten Gesichtspunkt ausgegangen würde, nur Lieferungen vorher eingekaufter Sachen, nicht auch durch den Lieferer selbsterzeugter oder sonst erworbener Sachen als Handelsgeschäfte erklärt würden.

Aus diesen Gründen erscheint die oben aufgestellte zweite Interpretation als die richtige. Mithin ist der Gegenstand der Bestimmung der Nro. 2 „dieselbe Handelsoperation, welche die Nro. 1 behandelt, jedoch in umgekehrter Reihenfolge ihrer beiden Glieder [33]“ und die Bestimmung würde correct so zu fassen sein: Art. 271. Nro. 2.

Die Veräusserung [der Verkauf oder die anderweite Veräusserung] von Waaren oder anderen beweglichen Sachen, von Staatspapieren, Actien oder anderen für den Handelsverkehr bestimmten Werthpapieren, welche der Verkäufer zum Zweck der Erfüllung des abgeschlossenen Verkaufs kaufen oder anderweit anschaffen will; es macht keinen Unterschied, ob die Waaren oder anderen beweglichen Sachen in derselben Beschaffenheit, in welcher sie dem Käufer zu übergeben sind, eingekauft werden, oder ob sie vor dieser Uebergabe erst bearbeitet oder verarbeitet werden sollen.

Hieraus ergibt sich, dass also alles zur Erläuterung der Nro. 1 Bemerkte auch hierher zu ziehen ist.

Nro. 3. Uebernahme einer Versicherung gegen Prämie [34]. **Nro. 3**

Das Nehmen einer Versicherung durch den Versicherten ist niemals objectives Handelsgeschäft, wohl aber das Uebernehmen der Versicherung durch den Versicherer. Ersteres kann jedoch durch Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe nach Art. 273 subjectives Handelsgeschäft werden. §. 19.

Versicherung gegen Prämie, eigentliche Versicherung. Ausgeschlossen ist dadurch der Vertrag, durch welchen sich mehrere Personen verpflichten, den Schaden, welchen sie in Folge gewisser Ereignisse erleiden würden, gemeinsam zu tragen, mag auch die Beitragspflicht der einzelnen Contrahenten nach dem Verhältniss der möglichen Höhe des sie treffenden und vertragsmässig von Allen zu tragenden Schadens geregelt sein — sogenannte gegenseitige Versicherung. Die gegenseitige Versicherung ist keine eigentliche Versicherung.

Bei der gegenseitigen Versicherung ist es gleichgültig, ob die Repartition und Zahlung des Schadens erst nachträglich geschieht, oder ob schon vorläufig gewisse Beträge in eine gemeinschaftliche Casse eingezahlt werden, aus welcher die Schäden zu bezahlen sind. Das vorläufig Eingezahlte wird dadurch nicht zur Prämie.

Irrthümlich aber ist es, die wesentlichen Geschäfte aller soge-

[33]) Goldschmidt, Handbuch I, S. 431.

[34]) Protok. S. 413. 515. — 1290. — 4560. 5056 bis 5058. 5060 bis 5064.

Art. 271. Nro. 3. nannten „gegenseitigen Versicherungsgesellschaften" oder „auf Gegenseitigkeit gegründeten Versicherungsanstalten (Gesellschaften, Banken)," ferner alle Geschäfte solcher Anstalten ohne Weiteres als gegenseitige Versicherungsverträge, mithin als nicht eigentliche Versicherungen zu behandeln. Die Statuten dieser Anstalten beruhen bei äusserer Aehnlichkeit oft auf verschiedenen Principien und enthalten abweichende Bestimmungen, so dass es, um zu einem bestimmten Resultat zu gelangen, einer eingehenden Untersuchung des einzelnen Statuts und der über die einzelnen Gattungen der Geschäfte aufgestellten Bestimmungen bedarf. Manche dieser Anstalten treten den einzelnen Betheiligten völlig als Dritte gegenüber und die Geschäfte derselben erscheinen als eigentliche Versicherungen, mithin als Handelsgeschäfte. Bei anderen sind nur einzelne Arten von Geschäften eigentliche Versicherungen, während andere diesen Charakter nicht haben.

Nro. 4. **Nro. 4. Die Uebernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See und das Darleihen gegen Verbodmung [35]).**

§. 20. Auch der Abschluss eines einzelnen Frachtvertrags zur Beförderung von Gütern zur See, mag er sich auf ein Schiff im Ganzen oder einen verhältnissmässigen Theil oder einen bestimmten Raum eines Schiffes, oder auf einzelne Güter (Stückgüter) beziehen, ist auf Seiten des Verfrachters objectives Handelsgeschäft, nicht auf Seiten des Befrachters. Die Grundsätze über diesen Vertrag enthält das Gesetzbuch in Art. 557 bis 664. Dasselbe gilt von dem Frachtgeschäft zur Beförderung von Reisenden zur See (Passagiervertrag, Ueberfahrtsvertrag), siehe Art. 665 bis 679. Ebenso ist die einzelne Bodmerei auf Seiten des Bodmereigebers (Bodmereigläubigers), nicht aber des Bodmereinehmers (des Schiffers bez. des Rheders und des Ladungsbetheiligten) objectives Handelsgeschäft. Ueber Bodmerei siehe Art. 680 bis 700. Als Bodmerei wird im Gesetzbuch nur das gemäss Art. 681 von dem Schiffer als solchem eingegangene Creditgeschäft bezeichnet, andere Creditgeschäfte, also auch die sogenannte uneigentliche Bodmerei (Art. 701) fallen mithin nicht unter Art. 271 Nro. 4.

Fracht- und Passagierverträge bilden die Grundgeschäfte des Rhedereigewerbes, welche dieses zum Handelsgewerbe und den Rheder zum Kaufmann machen [36]). Dasselbe gilt von demjenigen, welcher „ein ihm nicht gehöriges Schiff zum Erwerb durch die Seefahrt für seine Rechnung verwendet" [37]), und dessen Gewerbe.

[35]) Protok. S. 413. 514 bis 516. 532 f. — 1290. — 5116 bis 5119.
[36]) Art. 450. — [37]) Art. 477.

Art. 272. Art. 272.

Handelsgeschäfte sind ferner die folgenden Geschäfte, wenn sie gewerbemässig betrieben werden:

1) die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere, wenn der Gewerbebetrieb des Uebernehmers über den Umfang des Handwerks hinausgeht;
2) die Banquier- oder Geldwechslergeschäfte;
3) die Geschäfte des Commissionärs (Art. 360), des Spediteurs und des Frachtführers, sowie die Geschäfte der für den Transport von Personen bestimmten Anstalten;
4) die Vermittelung oder Abschliessung von Handelsgeschäften für andere Personen; die amtlichen Geschäfte der Handelsmäkler sind jedoch hierin nicht einbegriffen;
5) die Verlagsgeschäfte, sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels; ferner die Geschäfte der Druckereien, sofern nicht ihr Betrieb nur ein handwerksmässiger ist.

Die bezeichneten Geschäfte sind auch alsdann Handelsgeschäfte, wenn sie zwar einzeln, jedoch von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes gemacht werden.

Preuss. Entwurf Art. 211, Abs. 1, Art. 2. — Entwurf I. Lesung Art. 233, Abs. 1, Art. 2. — Entwurf II. Lesung Art. 255.

Protok. S. 405 bis 407. 412 bis 414. 513 f. 516. 524 bis 535. 551. — 1263 bis 1272. 1283 bis 1288. 1291 bis 1297. 1306. 1424. — 4560. 5064 f.

Der Artikel zählt die relativen oder subjectiven Handelsgeschäfte auf, d. h. diejenigen, welche durch gewerbemässigen Betrieb Handelsgeschäfte werden. Sie sind wie die objectiven Handelsgeschäfte kaufmännische Grundgeschäfte, d. h. der gewerbemässige Betrieb auch nur einer Art dieser Geschäfte constituirt ein Handelsgewerbe und macht den Betreibenden zum Kaufmann. §. 1.

Auch diese Handelsgeschäfte beruhen auf dem Grundgedanken der Speculation. Die regelmässige Absicht bei ihrer Betreibung ist, aus dem Abschluss des einzelnen Geschäfts, namentlich aber aus dem gewerbemässigen Betrieb derselben Gewinn zu ziehen. Es ist jedoch weder erforderlich, dass diese Absicht beim Abschluss „des einzelnen Geschäftes" vorhanden ist, um dasselbe zum Handelsgeschäft zu machen, §. 2.

Art. 272. noch ist die Thatsache des gewerbemässigen Betriebs derselben mit seinen rechtlichen Consequenzen dadurch ausgeschlossen, dass ein ganzer Geschäftsbetrieb nicht in der Absicht, aus dem Betrieb Gewinn zu erzielen, vorgenommen wird. Zur Begründung dieser Sätze ist auf Art. 4 Bemerkungen §. 4 und auf Art. 271, Bemerkungen §. 14 zu verweisen.

Gewerbemässig, s. o. Art. 4, Bemerk. §. 4 ff. Ueber den für den Gewerbebetrieb und dessen Umfang massgebenden Willen des Kaufmanns vergl. Art. 273, Bemerkungen §. 1 ff.

Nro. 1.

Nro. 1. Die Uebernahme der Bearbeitung und Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere, wenn der Gewerbebetrieb des Uebernehmers über den Umfang des Handwerks hinausgeht[1]).

§. 3. **Bearbeitung** sowie **Verarbeitung** einer Sache, ist jede absichtlich hervorgebrachte Veränderung einer Sache, um dieselbe zu einem gewissen Gebrauch geeignet oder geeigneter oder wieder geeignet[2]) zu machen. Hierunter fällt auch Mästen, Aufziehen, Dressiren eines Thiers[3]). Nicht fällt darunter Schaffen eines Kunstwerks aus gegebenem Material[4]).

Der Besteller (locator operis) übergiebt dem Uebernehmer (conductor operis) eine Sache, um sie nach vorgenommener Bearbeitung oder Verarbeitung wieder zurück zu erhalten. Nicht unter unsere Bestimmung fällt mithin die Verarbeitung[5]) eigener Sachen für Andere. Werden die Sachen zu diesem Zwecke gekauft, so ist nach Art. 271, Nro. 1 ein Handelsgeschäft vorhanden und durch die gewerbemässige Betreibung auch die Eigenschaft als Kaufmann begründet. Sind die Rohstoffe jedoch vom Bearbeiter oder Verarbeiter selbst producirt gewesen, so liegt ein Handelsgeschäft nicht vor.

Der Uebergabe durch den Besteller steht es gleich, wenn der Uebernehmer den Rohstoff für den Besteller anschafft, und es ist gleichgültig, ob er denselben in dessen Namen, oder nur für dessen Rechnung, aber in eigenem Namen erwirbt. Auch hat, wenn der Uebernehmer den Rohstoff einkauft, die Untersuchung des oft sehr zweifelhaften Umstands, ob er für sich oder für den Besteller eingekauft hat, keine Bedeutung

1) Protok. S. 513 f. 528 bis 531. — 1291 f.
2) Reparatur z. B. von Dampfmaschinen. Goldschmidt, Handbuch S. 453.
3) S. o. Art. 271 Bemerkungen §. 15. S. 17.
4) S. ebendaselbst S. 18. f.
5) Im Folgenden wird der Kürze halber nur die Verarbeitung erwähnt und die zu verarbeitende Sache als Rohstoff bezeichnet. Alles von der Verarbeitung Bemerkte gilt auch von der Bearbeitung.

für die Frage, ob ein Handelsgeschäft vorliege oder nicht, weil auch im ersten Fall ein Handelsgeschäft (nach Art. 271, Nro. 1) abgeschlossen ist[6]. **Art. 272. Nro 1.**

Der Besteller kann den Rohstoff auch vom Uebernehmer selbst kaufen und die Bearbeitung des gekauften Stoffes bestellen. Es wird hier jedoch genau zu untersuchen sein, ob in der That zwei verschiedene Geschäfte beabsichtigt waren, oder nicht etwa nur ein Verkauf des Fabricats, welcher dann, wenn der Rohstoff vom Fabricanten selbst erzeugt ist, wenngleich gewerblich betrieben, ein Handelsgeschäft nicht ist. Aus dem Umstand, dass in der Rechnung für den Rohstoff und für die Arbeit besondere Preise angesetzt sind, kann an sich noch nicht geschlossen werden, dass ein doppeltes Geschäft beabsichtigt war.

Ob der Uebernehmer bei der Verarbeitung dem übergebenen Rohstoff andere Sachen hinzufügt, ist irrelevant, also auch ob diese von ihm zu diesem Zweck gekauft waren oder nicht.

Geht die Absicht der Parteien dahin, dass der Uebernehmer nicht nothwendig ein aus dem übergebenen Rohstoff gefertigtes Fabricat zu liefern hat, sondern auch andern Rohstoff substituiren darf, so kommt, weil nunmehr zwei Kaufgeschäfte eingegangen wurden, nicht aber eine locatio conductio[7], unsere Nro. 1 nicht zur Anwendung. Es ist aber ohne besonderes Interesse, genauer zu untersuchen, ob diese oder die entgegengesetzte Intention vorhanden war, weil im erwähnten Falle ein Handelsgeschäft nach Art. 271 Nro. 1 abgeschlossen ist und der gewerbemässige Betrieb dieser Classe von Handelsgeschäften ebenfalls die Eigenschaft als Kaufmann mit ihren Consequenzen begründet.

Die Uebertragung der Verarbeitung an sich ist nicht Handelsgeschäft, mag der Rohstoff vom Besteller erzeugt oder gekauft sein. Ebenso wenig macht der Umstand, dass die Uebergabe zur Verarbeitung mit Bezugnahme auf den beabsichtigten Verkauf erfolgte, den Verkauf der verarbeiteten Waaren durch den Besteller an sich zum Handelsgeschäft.

Wenn der Gewerbebetrieb des Uebernehmers über den Umfang des Handwerks hinausgeht. Siehe über die schwere Bestimmbarkeit der Grenze zwischen Gross- und Klein-, fabriksmässigem und handwerksmässigem Betrieb die Bemerkungen zu Art. 10, §. 12, (Bd. I, S. 30). Siehe jetzt auch Goldschmidt, Handbuch Bd. I, §. 46 und die dort Citirten. §. 4.

[6]) Meistens werden diejenigen Personen, welche aus der Uebernahme von Bearbeitung und Verarbeitung im Grossen ein Gewerbe machen, auch zugleich für eigene Rechnung Rohstoffe zur Verarbeitung und Verkauf gewerbemässig anschaffen, so dass sie auch aus diesem Grunde Kaufleute werden.

[7]) S. Bemerkungen zu Art. 271, Nro. 1, §. 9, Note 8.

Art. 272. §. 5. Unter Nro. 1 fallen die Geschäfte der grossen Färbereien, Gerbereien, Spinnereien, Waschanstalten, Bleichanstalten, Anstalten zur Weide, zur Mästung, zur Dressur von Thieren u. s. w.

Nro. 2. **Nro. 2.** Die Banquier- und Geldwechslergeschäfte[8]).

§. 6. Durch die Banquiergeschäfte wird Zahlung vermittelt, Credit gewährt, genommen und vermittelt. Der Geldwechsel ist ein Banquiergeschäft, er wird besonders hervorgehoben, „weil die Geldwechslergeschäfte an manchen Orten von den Banquiergeschäften getrennt seien[9]).“

§. 7. Als die **hauptsächlichen Banquiergeschäfte** (Bankgeschäfte) zählt O. Hübner[10]) auf und behandelt: den Geldwechsel, den Gold- und Silberhandel, das Depositengeschäft (Depositum zur Aufbewahrung, Verwaltung, Benutzung), das Girogeschäft, das Zettelgeschäft, das Discont- und Wechselgeschäft, das Contocorrentgeschäft, das Incassogeschäft, das Leihgeschäft (Lombardgeschäft), das Hypothekengeschäft, die Geschäfte in Börsenpapieren, die Operationen mit Staatsanleihen.

Eine Anzahl der Banquiergeschäfte sind objective Handelsgeschäfte nach Art. 271 Nro. 1.

§. 8. Zu den Banquiergeschäften gehören namentlich auch **die den Wechsel betreffenden Geschäfte** und zwar sowohl die wechselrechtlichen (Ausstellung, Indossirung, Accept, Intervention u. s. w.), als auch die nicht wechselrechtlichen, wie z. B. der Vertrag über einen auszustellenden Wechsel (Wechselschluss, pactum de cambiando), auch die Commission, einen Wechsel zu ziehen, zu acceptiren, zu indossiren. Dass für das Wechselrecht eine besondere Rechtsquelle massgebend ist (Art. 2), berührt diese Frage nicht.

Hypothekengeschäfte s. Art. 275 Bemerkungen §. 1.

§. 9. In Folge der gewerblichen Betreibung auch nur einer Art der unter den Begriff der Banquiergeschäfte fallenden Geschäfte wird das einzelne Banquiergeschäft Handelsgeschäft und der Betreibende Kaufmann.

§. 10. Auch die Geschäfte der öffentlichen Sparcassen, Leihhäuser, Vorschuss- oder Creditvereine, Volksbanken, kurz aller derartiger nicht auf Realisirung von Gewinn durch den Unternehmer gerichteten Anstalten gehören hierher. Siehe darüber oben Art. 271, Bemerk. §. 14.

Nro. 3. **Nro. 3.** Die Geschäfte des Commissionärs (Art. 360), des Spediteurs und des Frachtführers, sowie die Geschäfte der für den Transport von Personen bestimmten Anstalten[11]).

8) Protokolle S. 532. — 1292. — 9) Motive zum preussischen Entwurf Art. 2, Nro. 3, S. 7. — 10) Die Banken. Leipzig 1854. §. 3, S. 36 bis 122.

11) Protokolle S. 413. 516. 533 bis 535. 551. — 1264. 1293 f. 1305 f. — 5064.

1) „**Commissionär** ist derjenige, welcher gewerbemässig in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers (Committenten) Handelsgeschäfte schliesst" (Art. 360 Abs. 1). Art. 272. Nro. 3. §. 11.

Es wird selten vorkommen, dass eine Person, welche sich mit dem Abschluss kaufmännischer Commissionsgeschäfte gewerbemässig befasst, nicht schon wegen ihres anderweiten Gewerbebetriebes, indem sie nämlich objective oder andere subjective Handelsgeschäfte gewerbemässig betreibt, Kaufmann ist. In diesem Falle werden die einzelnen von ihm abgeschlossenen Commissionsgeschäfte nach dem zweiten Absatz unseres Artikels Handelsgeschäfte sein. Es kann aber auch vorkommen, dass der gewerbemässige Betrieb lediglich auf den Abschluss von kaufmännischen Commissionsgeschäften gerichtet ist, oder dass dieselben nicht als im Betriebe seines sonstigen Handelsgewerbes abgeschlossen werden [12]. Von dieser Möglichkeit ist hier auszugehen.

Wenn der Mandatar, der nicht Kaufmann ist, in eigenem Namen aber für fremde Rechnung ein Geschäft abschliesst, welches, wenn der Mandant es in eigenem Namen (persönlich oder durch einen Stellvertreter) abgeschlossen hätte, ein Handelsgeschäft wäre, so ist (natürlich unter der Voraussetzung, dass der Mandatar bei Abschluss des Geschäfts erklärt, für Rechnung des Mandanten abschliessen zu wollen) das Geschäft ein Handelsgeschäft. Dies ist also der Fall hinsichtlich aller unter Art. 272 und 273 gehörenden Geschäfte (mit der Präsumtion des Art. 274), wenn der Mandant ein Kaufmann ist, hinsichtlich der Geschäfte des Art. 271, wenn der Mandant nicht Kaufmann ist. Für den Mandatar ist jedoch weder das Mandat noch das zu dessen Ausführung abgeschlossene Geschäft ein Handelsgeschäft. Der letztere Umstand hat zwar keine Wichtigkeit in Bezug auf die Beurtheilung des mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäfts. Denn da das Geschäft einmal Handelsgeschäft ist, es folglich nach Art. 277 nach den Bestimmungen des vierten Buchs des Gesetzes allgemein zu beurtheilen ist, so kann sich auch der Mandatar auf diese Eigenschaft berufen und muss die Berufung sich gegenüber anerkennen. Ja das Geschäft wird diese

[12]) Dies kann z. B. vorkommen, wenn ein Kaufmann für sein sonstiges Handelsgewerbe einen stillen Gesellschafter hat, die Commissionsgeschäfte aber lediglich für eigene Rechnung abschliesst. Erkennbar wird dies namentlich dadurch, dass er beim Abschluss der letzteren Geschäfte nicht die Firma braucht, unter welcher er das Geschäft, an welchem der stille Gesellschafter betheiligt ist, betreibt. — Anders wenn der Gesellschafter einer offenen oder einer Commanditgesellschaft für sich Commissionsgeschäfte betreibt. Hier kann der Handelsbetrieb der Gesellschaft gar nicht in Frage kommen, da er nicht Handelsbetrieb des Gesellschafters und dieser für seine Person nicht Kaufmann ist. S. o. Art. 4 Bemerkungen §. 6 und unten Vorbemerkung II zum zweiten Abschnitt dieses Titels, §. 14 ff.

Art. 272. Nro. 3. Eigenschaft selbst dann behalten, wenn der Mandant dasselbe nicht als mandatsmässig anzuerkennen braucht. Allein insofern ist doch der erwähnte Satz von Bedeutung, als

a) das Mandat, sobald der Mandant nicht selbst Kaufmann ist, auf keiner Seite, aber auch, wenn der Mandant Kaufmann ist, doch nur auf dessen Seite, Handelsgeschäft ist, und

b) als auch die gewerbemässige Uebernahme und Ausführung derartiger Mandate ohne besondere Bestimmung den Uebernehmer nicht zum Kaufmann machen würde.

Nach diesen beiden Richtungen hin nun wirkt Nro. 3 bestimmend ein. Durch die Erklärung der Geschäfte des Commissionärs als Handelsgeschäfte [13]) ist

a) das dem Commissionär gegebene Mandat (die Commission) wenigstens auf Seiten des Commissionärs [14]), und

b) das zur Ausführung der Commission abgeschlossene Geschäft auch auf Seiten des Commissionärs als Handelsgeschäft erklärt. Dadurch aber wird

c) der Commissionär zum Kaufmann, und diese seine Eigenschaft bewirkt wieder (nach Art. 273),

d) dass jeder dem Commissionär ertheilte Auftrag zur Abschliessung von Geschäften und der Abschluss dieser Geschäfte in Ausführung des Auftrags auch dann Handelsgeschäft ist, wenn das aufgetragene Geschäft an sich, d. h. wenn es vom Auftraggeber selbst abgeschlossen würde, nicht Handelsgeschäft sein würde.

§. 12. 2) „**Spediteur** ist derjenige, welcher gewerbemässig in eigenem Namen für fremde Rechnung Güterversendungen durch Frachtführer oder Schiffer zu besorgen übernimmt“ (Art. 379). S. auch Art. 389.

§. 13. 3) „**Frachtführer** ist derjenige, welcher gewerbemässig den Transport von Gütern zu Lande oder auf Flüssen und Binnengewässern ausführt“ (Art. 390). Ueber die Frage nach dem Umfang dieses Begriffes siehe Bemerkungen zu Art. 390 und 421.

Alle Frachtführer sind zufolge der Bestimmung in Nro. 3 Kaufleute, auch die gewöhnlichen Fuhrleute. Ueber die Beschränkung dieser in gewissen Richtungen vergl. Art. 10 und Bemerkungen zu demselben, insbesondere §. 10.

[13]) Dass sie subjective Handelsgeschäfte, bez. dass sie es nur unter der Voraussetzung gewerblichen Betriebs sind, liegt schon in der Fassung der Nro. 3. Dadurch dass der Eingang des Artikels auch auf Nro. 3 sich bezieht, ist derselbe Gedanke doppelt ausgesprochen.

[14]) Ist der Committent nicht Kaufmann, so ist das Mandat auf seiner Seite kein Handelsgeschäft.

4) **Die Geschäfte der für den Transport von Personen bestimmten Anstalten.** Der Transport von Personen ist nur, wenn er zur See erfolgt objectives Handelsgeschäft. Zu Lande auf Flüssen und Binnengewässern wird er selbst durch die gewerbemässige Betreibung allein nicht Handelsgeschäft, wie dies Betreffs des Transports der Güter der Fall ist. Daher ist auch der Lohnkutscher an sich nicht Kaufmann, nicht einmal in dem beschränkten Umfang des Art. 10, wie der „gewöhnliche Fuhrmann". Nur, wenn eine Anstalt zum Personentransport errichtet ist, erscheinen die Transportgeschäfte als Handelsgeschäfte und der Inhaber der Anstalt als Kaufmann. Wann aber ist eine „Anstalt" im Sinne des Gesetzes vorhanden? Eine andere Antwort ist nicht zu geben, als dass der Sprachgebrauch hier entscheidet. Art. 372. Nro. 3. §. 14.

Belehrend sind die bei den Verhandlungen hierüber aufgestellten Ansichten.

Gegenüber dem Antrag, den Personentransport aus diesem Artikel ganz zu entfernen, wurde „die Meinung vertreten, die Worte, deren Streichung beantragt worden, seien im Hinblick auf die vielen grossen Unternehmungen unentbehrlich, welche zum Zweck des Transports von Personen, namentlich von Auswanderern, gegründet und, ohne sich der Hauptsache nach mit Gütertransport zu befassen, so umfassend seien, dass sie ihre Agenten in allen Gegenden Deutschlands hätten und nach allgemeiner Auffassung als Handelsunternehmungen angesehen würden. Selbst für minder grossartige Unternehmungen des Personentransportes, für Omnibus-, Droschken- und dergleichen Unternehmungen hielten mehrere Mitglieder die von dem Herrn Referenten beantragte Bestimmung [15]) für angemessen, da die ganze Einrichtung solcher Geschäfte, z. B. bezüglich der Billete, mit dem Wesen des Handels zusammenhingen, mit den handelsrechtlichen Anschauungen übereinstimmten, und die Anwendung der gewöhnlichen Civilgesetze, z. B. der Gesetze über die schriftliche Errichtung von Verträgen, unmöglich machten." Eines besondern Ausschlusses der Lohnkutscher bedürfe es nicht, da die Bestimmung in dem Antrag des Referenten auf den Lohnkutscher nicht bezogen werden könne, indem „man von diesem nicht sagen könne, dass er Personentransporte übernehme, sondern nur, dass er gemiethet werde, weshalb er auch für die Dauer der Miethe unter der Verfügung des Passagiers stehe". „Man war der Meinung, das Wort Anstalt weise nicht nur auf einen grösseren Umfang des Betriebs, sondern auch auf eine mehr

15) „Die Uebernahme des Transports von Personen" Protok. S. 1264.

Art. 272. Nro. 3. kaufmännische Betriebsart hin, und biete somit dem verständigen richterlichen Ermessen einen genügenden Anhaltspunkt[16]."

Als „ein äusserliches Kriterium für den zum Begriff der Anstalt gehörigen grösseren Betrieb" ist „die Art der Betheiligung der Unternehmer am Transportbetrieb" aufgestellt worden. „Betheilige sich nämlich der Unternehmer regelmässig und wesentlich an den ordinären Transportdiensten, so könne sein Geschäftsbetrieb niemals ein grösserer, mit dem Wesen des Handels zusammenhängender, niemals ein solcher sein, wie ihn der Begriff einer Transportanstalt erfordere[17]." Wenn auch nicht „unter allen Umständen", so wird dies Kriterium allerdings wohl in den meisten Fällen zutreffen. Derselbe Autor will „auch alle solche Unternehmungen des Personentransports, bei denen die einzelnen Transportmittel unter Verfügung der einzelnen Transportanden stehen — wie dies bei allen solchen Instituten der Fall, deren Transportunternehmungen nicht an eine für alle Fälle festbestimmte Transportstrecke gebunden seien — keineswegs als Transportanstalten ansehen[18]." Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden[19], wenn auch soviel zugegeben werden muss, dass für ein Unternehmen periodischer Fahrten nach bestimmten Orten mit bestimmten Preisen der einzelnen Plätze leichter das Wort Anstalt gebraucht werden mag, als für den Geschäftsbetrieb eines Lohnkutschers, welcher gegen ein Miethgeld ganze Wagen zur Disposition des Miethers stellt. Der Grund hiervon mag aber darin zu finden sein, dass in jenem Falle die lex contractus von dem Unternehmer in im Voraus bestimmter Weise dem Publicum offerirt wird, in diesem meistens nicht. Daher werden auch Unternehmungen von Droschken bei nur einigermassen grösserem Umfange unter den Begriff der Anstalt gebracht werden können, obgleich hier der Wagen im einzelnen Falle den Miethern ganz zur Disposition gestellt wird.

Nro. 4. **Nro. 4.** Die Vermittelung oder Abschliessung von Handelsgeschäften für andere Personen; die amtlichen Geschäfte der Handelsmäkler sind jedoch hierin nicht einbegriffen[20].

§. 15. **Vermittelung.** Ueber die Bedeutung von Vermitteln und dem Gegensatz von Vermitteln und Abschliessen siehe oben Vorbemerkung zu Bd. I Tit. 7. §. 1 und Art. 69 Bemerkungen, §. 4.

[16]) Protok. S. 1293 f. — [17]) Noack in Busch's Archiv Bd. II, S. 28. — [18]) a. a. O. S. 27. — [19]) S. auch Goldschmidt, Handbuch S. 381, Note 26. — [20]) Protok. S. 535. — 1294 f. — 4560. 5064 f.

Durch das Wort Vermittelung werden insbesondere getroffen die Geschäfte der Privatmäkler, d. h. derjenigen Personen, welche, ohne zu den amtlich bestellten Mäklern zu gehören, gewerbemässig Handelsgeschäfte vermitteln [21] [22]. Diese Privatmäkler sind Kaufleute, nicht aber die amtlich bestellten technisch so genannten „Handelsmäkler". Die Geschäfte der letzteren, zu deren Vornahme sie autorisirt sind, werden nicht als Handelsgeschäfte anerkannt, gehören aber zu den Handelssachen [23]. Art. 272. Nro. 4.

Abschliessung für andere Personen, correct: Abschliessung in fremdem Namen, da man unter Abschliessung für Andere auch Abschliessung für fremde Rechnung, aber in eigenem Namen, verstehen kann, so dass auch die Geschäfte des Commissionärs und Spediteurs unter dieser Bezeichnung begriffen wären. Diese Incorrectheit hat jedoch darum keinen Nachtheil, weil auch diese zuletzt erwähnten Geschäfte nach Nro. 3 Handelsgeschäfte sind. §. 16.

Handelsgeschäfte müssen den Gegenstand der Vermittelung oder Abschliessung bilden [24]. Vermittelung von Kaufverträgen über Immobilien, von Mieth- und Pachtverträgen, von Dienstbotenverträgen u. s. w. gehört also nicht hierher. Mit Recht bemerkt jedoch Goldschmidt [25], dass die Geschäfte nicht objective Handelsgeschäfte zu sein brauchen, sondern auch die Vermittelung subjectiver Handelsgeschäfte unter die Bestimmung fällt, also z. B. die Vermittelung von Frachtverträgen, Engagement von Handlungsgehülfen [26]. §. 17.

Zu den Personen, deren gewerbemässigen Geschäfte unter Nro. 4 fallen, welche daher Kaufleute sind, gehören insbesondere: §. 18.

1) Die Privatmäkler (s. o. §. 15).

21) Derjenige, welcher durch Anstalten, welche er errichtet hat, Gelegenheit zum Abschluss von Handelsgeschäften bietet, z. B. durch Errichtung von Ausstellungen, Niederlagen, Packhöfen, Docks (Goldschmidt, Handbuch I, S. 471), ist nicht als Vermittler von Handelsgeschäften anzusehen, ebenso wenig wie das Herausgeben einer Zeitung deswegen, weil diese Verkaufsannoncen aufnimmt, zum Handelsgeschäft wird, oder die Errichtung anderer Anstalten zur Verbreitung kaufmännischer Annoncen (z. B. der Litfass-Säulen) ein Handelsgeschäft bildet.

22) S. o. B. I, Tit. 7, Zusatz 2 (Bd. I, S. 199 ff.).

23) S. o. Bemerkungen zu Art. 1, §. 1. a. E. (Bd. I, S. 2).

24) Der preussische Entwurf (Art. 2 Nro. 8) hatte dies Requisit nicht aufgestellt, sondern spricht nur von „Geschäften", beschränkt dagegen die Bestimmung auf „Anstalten zur Vermittelung".

25) Handbuch I, §. 55 Nro. II, S. 475.

26) Goldschmidt a. a. O. rechnet auch die darlehensweise Beschaffung oder Anlegung von Capitalien hierher. Dies muss jedoch wohl darauf beschränkt werden, dass das Aufnehmen oder das Geben von Darlehen als Handelsgeschäft erscheint, z. B. wenn der Darleiher oder der Entleiher eine Bank ist.

Art. 272. Nro. 4. 2) Diejenigen Personen, welche von Anderen in deren Namen Handelsgeschäfte abzuschliessen bevollmächtigt sind [27].

3) Diejenigen Personen, welche von Anderen beauftragt sind, Geschäfte für sie einzuleiten oder zu vermitteln [28].

Unter welchem Namen die unter Nro. 2 und 3 angeführten Personen ihre Geschäfte betreiben, ob sie sich als Agenten, Repräsentanten, Vertreter, Provisionsreisende, Commissionäre [29], Inhaber von Commissions- oder Geschäftsbureaux, Mäkler, Frachtmäkler, Güterschaffner, Güterbestätter, Schiffsprocureure [30] u. s. w. bezeichnen, ist gleichgültig.

4) Die Subscribentensammler [31].

5) Der buchhändlerische Commissionär [32].

Nro. 5. **Nro. 5.** Die Verlagsgeschäfte, sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- und Kunsthandels; ferner die Geschäfte der Druckereien, sofern nicht ihr Betrieb nur ein handwerksmässiger ist [33].

§. 19. 1) **Verlagsgeschäfte,** d. i. die das Gewerbe eines Verlegers bildenden Geschäfte. Sie sind regelmässig dreierlei Art.

a) Verlagsverträge. Diese sind gerichtet auf den Erwerb des Verlagsrechts d. i. des Rechts ein literarisches oder künstlerisches Erzeugniss zu vervielfältigen [34].

b) Geschäfte zum Zweck der Vervielfältigung eines solchen Erzeugnisses.

c) Geschäfte zum Zweck der Verwerthung der durch die Vervielfältigung entstandenen Exemplare.

Es würde irrthümlich sein, wollte man unter Verlagsgeschäften nur die erste Classe von Geschäften verstehen, so dass die Vornahme dieser Geschäfte das wäre, was den Verleger charakterisirte [35] und die gewerbe-

[27] S. oben B. I, Tit. 5, Zusatz 3, §. 3, Nro. 1 u. §. 4. (Bd. I, S. 156 f.). Das diese Personen nicht in dem Handelsgewerbe des Auftraggebers angestellt sein dürfen, ergiebt sich schon aus dem Erforderniss der Gewerbemässigkeit ihrer Geschäfte.

[28] S. oben a. a. O. §. 3, Nro. 3. — [29] S. die Note 27 citirte Stelle. — [30] Art. 389 s. a. oben Bemerkungen zu Art. 67, §. 3. — [31] Goldschmidt, Handbuch I, §. 48, Note 8. a. E. — [32] S. u. Bemerk. zu Nro. 5. — [33] Protok. S. 513 f. 528 bis 531. 535. — 1295 f.

[34] Auf welche Weise diese Vervielfältigung erfolgt, ist für die vorliegende Frage völlig gleichgültig, wo es sich nicht um die Ausschliesslichkeit des Vervielfältigungsrechtes handelt. Die Vervielfältigung kann nicht nur durch Druck, Guss, Prägung, Galvanographie, Photographie u. s. w. stattfinden, sondern unter Umständen theilweise oder ganz durch freie Handarbeit, Copie.

[35] Dieser Ansicht scheint sich Goldschmidt (Handbuch §. 56) zuzuneigen. Denn obgleich derselbe den Satz an die Spitze seiner Untersuchungen stellt: „Das

mässige Betreibung derselben die Kaufmannsqualität begründete, während die beiden anderen Classen von Geschäften nur nach Art. 273 Handelsgeschäfte wären. Ebenso irrig wäre es, wenn man die gewerbliche Abschliessung von Geschäften aller drei Arten oder wenigstens der unter Nro. 1 und Nro. 3 aufgeführten beiden Arten für erforderlich ansähe zur Annahme eines Verlagsgewerbes. **Art. 272. Nro. 5**

Dass die Geschäfte unter Nro. 2 unbeschadet des Begriffs wegfallen können, ist sofort deutlich. Auch derjenige, welcher seine eigene Papierfabrik, Druckerei u. s. w. hat, und zur Herstellung seiner Verlagswerke benutzt, bleibt nichtsdestoweniger Verleger. Aber auch der Abschluss von Verlagsverträgen ist nicht erforderlich. Auch wer Werke, an welchen ein Autorrecht nicht oder nicht mehr besteht, mithin auch ein Verlagsrecht nicht eingeräumt werden kann, oder an welchen ihm selbst das Autorrecht zusteht, vervielfältigt zum Zweck des Verkaufs der einzelnen Exemplare, ist Verleger. Das Charakteristische ist Verkauf der zu diesem Zweck durch Vervielfältigung eines Geistes- oder Kunstproducts hergestellten Exemplare; gewerblich betrieben sind diese sowie die damit zusammenhängenden Geschäfte Handelsgeschäfte.

Gerade darin liegt der Schwerpunkt der Nro. 5, dass der Verkauf des (gewerbemässigen) Verlegers als Handelsgeschäft erklärt wird. Ohne besondere Bestimmung würde dieser Verkauf nicht Handelsgeschäft sein, da der Verleger Producent der verkauften Exemplare ist [36]). Selbst wenn der Verleger zugleich Sortimentshändler und dadurch schon, abgesehen von unserer Bestimmung, nach Art. 271, Nro. 1 Kaufmann ist, würden doch seine Verlagsgeschäfte nicht etwa nach Art. 273, Abs. 1 oder dem zweiten Absatz unsers Artikels Handelsgeschäfte sein, da dieselben nicht zum Betrieb seines (Sortiments-) Handelsgewerbes gehören.

Aus diesen Gründen treibt auch derjenige Handelsgeschäfte und ist mithin Kaufmann, welcher ein Gewerbe lediglich darauf gründet, alte Autoren ohne neue Textesrecension neu zu vervielfältigen, oder darauf, seine eigenen oder die von ihm bestellten [37]) Werke zu publiciren, oder

Gewerbe der Verlagsbuchhändler und Kunstverleger besteht in der Vervielfältigung und Verbreitung literarischer und künstlerischer Erzeugnisse," und er nur den Verkauf des Sortimentsbuchhändlers unter den sonstigen Geschäften des Buchhandels anführt, so geht doch nicht nur aus seiner Darstellung hervor, dass er den Verlagsvertrag als das eigentliche Verlagsgeschäft auffasst, sondern auch seine in den folgenden Noten anzuführenden Ansichten deuten hierauf.

36) Das fertige Buch ist weder „Verarbeitung" des Papiers, noch etwa gar des Manuscriptes. S. o. Art. 271, Bemerkungen §. 15, S. 18 f.

37) Bestellung durch den Verleger ist auch mit Abschluss eines Verlagsvertrags vereinbar, kann aber auch so vorkommen, dass die Arbeit (z. B. Uebersetzung) als solche bezahlt wird ganz ohne Rücksicht auf die beabsichtigte Publication, so dass

Art. 272. Nro. 5. Journale, welche aus zusammengelesenen Artikeln und Annoncen [38]) bestehen, zu veröffentlichen [39]). Ob ein Gewerbe vorliegt, ist quaestio facti. Bei periodischer Publication auch nur eines Werkes, namentlich einer Zeitschrift [40]) [41]), kann dies sehr wohl angenommen werden müssen, wenn auch die Vervielfältigung von dem Verleger selbst vorgenommen wird.

§. 20. 2) **Sonstige Geschäfte des Buch- und Kunsthandels.** Die meisten der hierunter fallenden Geschäfte sind schon aus anderen Gründen Handelsgeschäfte. So fällt das Haupt- und charakteristische Geschäft der Sortimentshändler [42]) und Antiquare unter Art. 272, Nro. 1 und 2, bez. Art. 272, Nro. 3, das Geschäft der specifisch so genannten Commissionäre an den Hauptstapelplätzen des Buchhandels unter Art. 272, Nro. 4 [43]).

Unter diese Kategorie gehört auch der sogenannte Commissions-Debit, d. h. der Vertrieb von für Rechnung eines Andern (meist des Autors) hergestellten Exemplaren eines Werkes. Auch den Ankauf eines „ganzen Verlagsvorraths“ zu weiterem Absatz möchte ich hierunter, nicht unter die Verlagsgeschäfte rechnen [44]).

§. 21. 3) **Die Geschäfte der Druckereien.** Durch die Zusammenstellung der Druckereien mit dem Buch- und Kunsthandel ist es evident, dass nur von Buch-, Stein-, Kupfer- und ähnlichen Druckereien die Rede ist, nicht aber von Cattun- und sonstigen Zeugdruckereien. Der Betrieb dieser Fabriken fällt unter Nro. 1.

also der Autor kein Recht auf Publication hat. Dies ist z. B. der Fall bei dem Reporter und Penny-a-liner, bei dem Schriftsteller, welchen der Verleger mit der Anfertigung des Textes zu einem gegebenen piquanten Titel beauftragt etc.

[38]) Der Vertrag des Verlegers einer Zeitschrift mit dem Redacteur kann ein Verlagsvertrag sein, er kann aber auch die Thätigkeit des Redacteurs allein (abgesehen von dessen Autorrecht in Betreff der von ihm geschriebenen Artikel) zum Gegenstand haben, und er kann endlich auf beides, Thätigkeit und Ueberlassung des Autorrechts, gerichtet sein. — Goldschmidt rechnet den Vertrag des Verlegers mit dem Redacteur einer Zeitschrift oder Encyklopädie und die Bestellung blosser Hülfsarbeiter Seitens des Verlegers nicht zu den Verlagsgeschäften.

[39]) Auch wenn das Geschäft bloss auf Nachdruck basirt ist, kann ein Handelsgewerbe vorliegen.

[40]) Unter Umständen kann auch die lieferungsweise Publication eines anderen grösseren Werkes oder eines vielverlangten Werkes, von welchem neue Abdrücke in Aussicht genommen werden, einen Gewerbebetrieb begründen. A. M. ist Goldschmidt a. a. O.

[41]) „Der Eigenthümer einer Zeitung kann von dem Herausgeber verschieden sein. Dann entscheidet auf wessen Namen das Unternehmen geht.“ Goldschmidt a. a. O. Note 7 a. E.

[42]) Die Frage, wie das Rechtsverhältniss zwischen Verleger und Sortimentsbuchhändler hinsichtlich der remittirten Bücher oder überhaupt vor dem Verkauf der übersandten Bücher aufzufassen sei, kommt hier nicht in Betracht.

[43]) S. o. §. 18, Nro. 6.

[44]) A. M. ist in beiden Beziehungen Goldschmidt a. a. O.

Zu den Druckereien können auch photographische Anstalten gerechnet werden[45]; nach einer anderen Richtung können dieselben auch zu den Kunsthandlungen gehören. Art. 272. Nro. 5.

Handwerksmässiger Betrieb. S. o. Nro. 1, Bemerkungen §. 9.

Absatz 2. Die bezeichneten Geschäfte sind auch alsdann Handelsgeschäfte, wenn sie zwar einzeln, jedoch von einem Kaufmann im Betrieb seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes gemacht werden[46]. Abs. 2.

Während Absatz 1, damit die in ihm aufgezählten Geschäfte Handelsgeschäfte werden, deren gewerbemässigen Betrieb verlangt, spricht Abs. 2 ihnen diese Eigenschaft auch dann, wenn sie einzeln abgeschlossen werden, zu. Voraussetzung ist, dass sie von einem Kaufmann abgeschlossen werden, und zwar im Betrieb seines Handelsgewerbes. Die erste Voraussetzung ist klar; was bedeutet die zweite? Offenbar etwas anderes als die Voraussetzung des Art. 273, Abs. 1: Zugehörigkeit des Geschäfts zum concreten Handelsgewerbe[47], denn sollte es dasselbe bedeuten, so wäre die Wiederholung der Bestimmung im Allgemeinen ungerechtfertigt, vollends unerklärlich aber die Fassung derselben in verschiedenem Umfang. Sind alle Geschäfte in Folge ihrer Zugehörigkeit zu einem Handelsgewerbe durch Art. 273 zu Handelsgeschäften erklärt, warum dann noch eine besondere Erklärung in Betreff der subjectiven Handelsgeschäfte? Der Unterschied beider Bestimmungen liegt in den Worten: seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes. Wird ein Geschäft im Betrieb eines gewöhnlich auf derartige Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes abgeschlossen, so gehört dieses Geschäft zu diesem Handelsgewerbe. Unsere Bestimmung abstrahirt von dieser Zugehörigkeit, beschränkt sich aber auf subjective Handelsgeschäfte. §. 22.

Was heisst nun aber in diesem Fall: „**im Betrieb des Handelsgewerbes.** Nichts anderes als: „als Kaufmann“. Zwar hat der einzelne Kaufmann seine gewerbemässige Thätigkeit auf den Abschluss bestimmter Classen von Geschäften (Handelsgeschäfte und Nichthandelsgeschäfte) beschränkt[48], er kann aber auch die Absicht haben, im ein- §. 23.

[45]) Goldschmidt a. a. O.

[46]) Protok. S. 543 f. — 1264. 1296 f.

[47]) Ueber diesen Begriff s. Art. 273, Bemerkungen §. 2.

[48]) Darüber, wie dies zu verstehen ist, und dass darin nicht etwa eine irrthümliche Auffassung der grösseren kaufmännischen Thätigkeit liegt, siehe Art. 273, §. 1.

Art. 272. Abs. 2. zelnen Fall ein anderes unter diese Classe nicht fallendes, mithin zu seinem Handelsgewerbe „nicht gehöriges“ Geschäft (Handelsgeschäft oder Nichthandelsgeschäft) abzuschliessen. Häufig (nicht nothwendig) wird diese Absicht aus denselben Gründen entspringen, aus welchen er zum Abschluss derjenigen Geschäfte, welche zu seinem Handelsgewerbe gehören, bestimmt wird, und in diesem Fall wird er vorzugsweise (aber auch nicht nothwendig) in speculativer Absicht, in der Absicht zu gewinnen, das Geschäft abschliessen. Aus diesem Grund zieht er nun aber auch das Geschäft in den Bereich seines Handelsbetriebs, d. h. er schliesst ab und erfüllt das Geschäft in der üblichen kaufmännischen Weise und unter Gebrauch seiner Firma, er benutzt dabei sein Handlungspersonal und die Anstalten seines Gewerbes, er trägt es in seine Handelsbücher ein, insbesondere aber entnimmt er die erforderlichen Gelder aus seinem Handlungsfonds und beabsichtigt, den aus dem Geschäfte hervorgehenden Gewinn dem Handlungsfonds zuzuführen. Dieses letzte Moment kann so sehr als das massgebende betrachtet werden, dass, wo es erweisslich fehlt, die anderen Momente nicht mehr von Bedeutung sind.

Nicht im Betrieb des Handelsgewerbes abgeschlossen werden solche Geschäfte, bei welchen die angeführten Momente nicht vorhanden sind, namentlich das letzte. Beispiele. Anschaffen für den häuslichen Bedarf, Aufnahme eines Darlehens zur Anschaffung eines Landguts, zur Zahlung von Haushaltungsschulden. Uebernahme einer Commission aus Gefälligkeit. Uebernahme eines Transports vermittelst eines zum Betrieb einer Landwirthschaft gehörigen Wagens und in der Absicht die verdiente Fracht in die Oekonomiecasse zu legen.

Das Zugehören zu einem Handelsgewerbe beruht zwar auch auf dem Willen des Kaufmanns, aber nicht unmittelbar auf demselben. Der Kaufmann stellt durch seinen Willen den Umfang seines Gewerbes im Allgemeinen ohne Rücksicht auf die einzelnen Geschäfte fest. Fällt nun ein Geschäft in diesen Umfang, so ist es zum Handelsgewerbe gehörig. Fällt es jedoch nicht darunter, so ist, um es in den Bereich des Handelsbetriebs zu bringen, ein speciell darauf gerichteter Willensact nothwendig. Nach dem Gesetzbuch soll nun aber diesem speciellen Willensact nicht die Kraft inwohnen, ein beliebiges Geschäft zum Handelsgeschäft zu machen, sondern er vermag dies nur, wenn das Geschäft zu den im ersten Absatz aufgezählten Geschäften gehört.

Darüber, dass wo im vierten Buch der Kaufmann erwähnt wird, er immer als im Betrieb des Handelsgewerbes thätig aufzufassen ist, siehe Vorbemerkung II. zum zweiten Abschnitt dieses Titels.

Art. 273.

Alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmanns, welche zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, sind als Handelsgeschäfte anzusehen. **Art. 273.**

Dies gilt insbesondere für die gewerbliche Weiterveräusserung der zu diesem Zweck angeschafften Waaren, beweglichen Sachen und Werthpapiere, sowie für die Anschaffung von Geräthen, Material und anderen beweglichen Sachen, welche bei dem Betriebe des Gewerbes unmittelbar benutzt oder verbraucht werden sollen.

Die Weiterveräusserungen, welche von Handwerkern vorgenommen werden, sind, insoweit dieselben nur in Ausübung ihres Handwerksbetriebes geschehen, als Handelsgeschäfte nicht zu betrachten.

Preuss. Entwurf Art. 211, Abs. 1. — Entwurf I. Lesung Art. 233, Abs. 1. — Entwurf II. Lesung Art. 256.

Protok. S. 405 bis 407. 513 f. 528 bis 531. 541 bis 546. — 1264. 1297 bis 1299. 1424.

Umfang eines Handelsgewerbes. Jeder Kaufmann hat §. 1. als solcher die Absicht Handelsgeschäfte einer gewissen Classe oder mehrerer Classen von Handelsgeschäften gewerbemässig abzuschliessen. Diese Classen können in der verschiedensten Weise und nach verschiedenen Richtungen bestimmt sein: durch die rechtliche Natur der Geschäfte (Kauf, Commission, Bearbeitung für Andere, Banquiergeschäfte, Verlagsgeschäfte u. a.), durch die Art der Objecte der betreffenden Geschäfte (Getreide-, Taback-, Colonialwaarenhandel, Maschinenfabrik, Schuhmachergewerbe), durch die locale Richtung der Geschäfte (Handel mit Südamerica, Africa, mit den umliegenden Ortschaften), durch die Modalität der Abschlüsse namentlich hinsichtlich der Quantität der betreffenden Gegenstände (Grosshandel, Kleinhandel, Höker-, Hausirhandel) u. s. w. Verschiedene dieser Momente können zusammen bestimmend einwirken.

Durch diese Absicht wird der Umfang des Handelsgewerbes bestimmt. Die Absicht kann eine fest begrenzte sein und dadurch wird der Umfang selbst ein fest begrenzter. Sie kann es sein nach allen, aber auch nur nach einzelnen Richtungen. Eine bestimmte Umgrenzung nach allen oder nach vielen Richtungen hin kommt häufiger in den niederen Sphären des Handelsbetriebes vor, während sie in den höheren eine laxere wird. Ganz wird die Umgrenzung wohl nie fehlen, wenn sie vielleicht auch nur dadurch fassbar ist, dass gewisse

Art. 273. Classen von Handelsgeschäften ausgeschlossen erscheinen, z. B. von dem Handelsgewerbe der grösseren Häuser an Plätzen, an welchen sich der Handel am freiesten und leichtesten bewegt, werden doch regelmässig diejenigen Classen von Handelsgeschäften ausgeschlossen sein, welche durch die Art der Betreibung des Handels gebildet werden (Höker-, Hausir-, überhaupt Kleinhandel). Es werden ferner manche durch die Natur der Geschäfte bestimmte Classen, z. B. die Verlagsgeschäfte, auch dann nicht zum Umfang des Handelsgewerbes gehören, wenn derselbe ein sonst sehr weiter ist. Mag aber auch möglicherweise die Absicht eines Kaufmanns auf Betrieb aller Classen von Handelsgeschäften gerichtet sein, so ist eben dadurch der Umfang des concreten Handelsgewerbes bestimmt.

Die Absicht des Kaufmanns über den Umfang des Gewerbes kann zu verschiedenen Zeiten eine verschiedene sein, in jedem einzelnen Zeitabschnitt aber kann man von einem bestimmten Umfang des Gewerbes sprechen.

Die Absicht kann ausdrücklich erklärt sein und ist dann maassgebend [1]), sobald sie nicht eine absolut unvernünftige und in der Durchführung unmögliche ist [2]). Die Absicht kann aber auch aus den Umständen erkennbar sein, namentlich wird aus denjenigen Thatsachen, welche als Realisirung des bisherigen Willens erscheinen (aus dem bisherigen Betrieb), auf den jetzigen Willen geschlossen werden können; mit anderen Worten: der thatsächliche Umfang des bisherigen Betriebs ist für den Umfang des Handelsgewerbes massgebend. Berücksichtigt werden bei dieser Operation aber nur diejenigen Geschäftsclassen, welchen die gewöhnlich und regelmässig abgeschlossenen Handelsgeschäfte angehören, nicht diejenigen, welchen nur ausnahmsweise ein einzelnes Geschäft angehört.

§. 2. **Zugehörigkeit zu einem Handelsgewerbe.** Kein einzelnes Handelsgewerbe kann sich auf den Abschluss derjenigen Geschäfte (Handelsgeschäfte) beschränken, deren gewerbemässiger Betrieb ihm die Qualification als Handelsgewerbe verleiht, sondern es ist zum wirksamen Betrieb desselben unumgänglich erforderlich, dass noch eine Anzahl anderer Geschäfte, durch welche der durch den Abschluss und die Erfüllung jener Geschäfte zu erreichende Zweck ermöglicht, erleichtert, gesichert wird, eingegangen werden. Diese Geschäfte

1) Wie weit in der besonderen Bezeichnung eines Geschäftes, z. B. als Colonialwaaren-, Commissionsgeschäft, eine solche Erklärung enthalten und als massgebend anzusehen sei, ist im einzelnen Falle zu untersuchen.

2) Keine Unmöglichkeit der Ausführung im rechtlichen Sinne bewirken nach Art. 11 die in den gewerbepolizeilichen und gewerbesteuerlichen Landesgesetzen etwa enthaltenen Verbote, wohl aber andere Prohibitivgesetze, z. B. das Verbot des Sclavenhandels.

gehören durch die Richtung, in welcher sie abgeschlossen werden, zum betreffenden Handelsgewerbe. Durch diese Zugehörigkeit zu einem bestimmten Handelsgewerbe nun werden sie, ganz abgesehen von ihrer sonstigen Qualification (mit der einzigen Ausnahme des Art. 275), Handelsgeschäfte. Dies bestimmt Art. 273, Abs. 1. **Art. 273.**

Ein von einem Kaufmann abgeschlossenes Geschäft, welches nicht zum Handelsgewerbe gehört, ist nicht Handelsgeschäft nach Art. 273, mag es auch unter die subjectiven Handelsgeschäfte des Art. 272 fallen. Im letzten Fall kann es jedoch nach Art. 272, Abs. 2, Handelsgeschäft werden, s. o.

Handelt es sich also darum, ob ein bestimmtes Geschäft auf Grund des Art. 273 Handelsgeschäft sei, so ist zunächst der Umfang desjenigen Handelsgewerbes, zu welchem es gehören soll, zu untersuchen und zu fragen, ob es entweder in die Kategorie derjenigen Grundgeschäfte fällt, durch deren gewerbemässigen Betrieb das betreffende Handelsgewerbe als solches begründet wird, oder ob es geeignet ist, den Abschluss oder die Erfüllung jener Geschäfte zu ermöglichen, zu erleichtern, zu sichern.

Tragweite des Artikels. Soweit die zum Handelsgewerbe gehörigen Geschäfte schon an sich objective Handelsgeschäfte sind, hat die Bestimmung keine besondere Bedeutung. Sie ist aber auch in Betreff solcher Geschäfte, welche nur dann, wenn sie in einer bestimmten Tendenz abgeschlossen sind, die Natur objectiver Handelsgeschäfte haben (Art. 271, Nro. 1. 2), deswegen wichtig, weil es in Folge derselben nicht nöthig ist, diese Tendenz zu beweisen, sondern einfach darauf Bezug genommen werden kann, dass sie in den Umfang des concreten Handelsgewerbes fallen. In Betreff solcher Geschäfte, welche zu den subjectiven Handelsgeschäften gehören, ist die Behauptung, dass eine Gattung derselben dem concreten Handelsgewerbe angehöre, identisch mit der, dass sie überhaupt von dem Kaufmann gewerbemässig betrieben werde: insofern hat also die Bestimmung dieselbe Bedeutung wie Art. 272, Abs. 1. Handelt es sich jedoch nur um ein einzelnes subjectives Handelsgeschäft, so kann zwar, um seine Eigenschaft als Handelsgeschäft darzuthun, darauf Bezug genommen werden, dass es dem Umfange des concreten Handelsgewerbes angehört, eine solche Bezugnahme ist aber der weitergehenden Bestimmung des Art. 272, Abs. 2 und der nach dieser Bestimmung leichteren Begründung der Handelsgeschäftseigenschaft nicht erforderlich. (S. o. Art. 272, Bemerk. §. 22 f.) §. 3.

Ihre hauptsächliche Bedeutung hat daher die Bestimmung für solche Geschäfte, welche weder den in Art. 271, noch den in Art. 272 aufgezählten Handelsgeschäften angehören, die vielmehr nur dadurch Handels-

Art. 273. geschäfte werden, dass sie in den Umfang des concreten Gewerbebetriebs fallen.

§. 4. **Natur der Geschäfte.** Goldschmidt[3]) theilt die unter diesen Artikel fallenden Geschäfte, soweit sie nicht zu den in Art. 271 u. 272 genannten Handelsgeschäften gehören, in zwei Kategorien ein: die Realisirungsgeschäfte, mit welchen er die gewerbliche Weiterveräusserung der zu diesem Zweck angeschafften Waaren, beweglichen Sachen und Werthpapieren wenigstens in tantum identificirt, und die Hülfsgeschäfte. Hiergegen ist zu bemerken, dass die enge Fassung des Begriffs der hierher zu rechnenden Realisirungsgeschäfte, welche aus der Ansicht Goldschmidt's, dass die Anschaffung zum Zweck der Realisirung der übernommenen Lieferung objectives Handelsgeschäft sei, entspringt, nach der oben versuchten[4]) Widerlegung dieser Ansicht jedenfalls weiter zu fassen und auch auf diese Anschaffung zu erstrecken wäre. Ferner aber scheint mir diese Eintheilung auch aus folgenden Gründen nicht gerechtfertigt.

1) Sie ist nicht erschöpfend, indem eine Menge von Geschäften auf Grund dieses Artikels Handelsgeschäfte sind, welche weder als Realisirungs- noch als Hülfsgeschäfte aufzufassen sind. Beispiele: Der Kaufmann verkauft Gegenstände, welche er zum Zweck der Einrichtung seines Ladens, Pferde, welche er zum Transport seiner Waaren oder um damit Frachtgeschäfte zu treiben, angeschafft hatte; er vermiethet Waaren, welche er zum Zweck des Verkaufs auf Lager, Pferde, welche er zu diesem Zweck im Stalle hat. Der Fabricant, welcher augenfälliger Weise deswegen Kaufmann ist, weil er den Haupttheil des verarbeiteten Rohstoffs kauft oder von Anderen zur Verarbeitung erhält, verkauft Fabricate aus selbsterzeugtem Rohstoff; er erfüllt ein Lieferungsgeschäft, dessen Object er ursprünglich anzuschaffen beabsichtigte, mit eigenen Producten. Ein Kaufmann verkauft eine für ein Handelsgeschäft verpfändete, oder nach Art. 313 ff. retinirte Sache.

2) Nach dem Standpunkt des Artikels kommen die Realisirungsgeschäfte im Handelsbetrieb gar nicht als solche in Betracht, bez. zwischen Realisirungs- und Hülfsgeschäften ist gar nicht immer scharf zu unterscheiden. Es dürfte aber auch

3) nicht zweckmässig sein, die vorliegende Bestimmung nur in Betreff derjenigen Geschäfte ins Auge zu fassen, welche nicht zu den Geschäften des Art. 271 gehören, weil sie, wie gezeigt[5]), auch für die-

[3]) Handbuch, Bd. I, §. 57. — [4]) Art. 271, Bemerkungen §. 10 und 17. — [5]) S. o. §. 3.

jenigen Geschäfte bedeutsam wird, welche bei evidenter Absicht der Vornahme eines entsprechenden Realisirungsgeschäfts nach Art. 271, Nro. 1 und 2, Handelsgeschäfte sind, so dass man zu dem Satze kommt: jede zum Betrieb des Handelsgewerbes eines Kaufmanns gehörige Anschaffung oder Uebernahme einer Lieferung ist Handelsgeschäft. **Art. 273.**

Dagegen erscheint es zweckmässig, dass das Gesetz in Absatz 2 aus der Gesammtheit der unter diesen Artikel fallenden Handelsgeschäfte zwei grosse Massen zum Zweck der Exemplification besonders heraushebt. §. 5.

Absatz 2. Im ersten Beispiel kann das Wort „**gewerblich**“ frappiren. Es bedeutet dies jedoch nichts anderes, als dass die Veräusserung zum Betrieb des Handelsgewerbes des Veräussernden gehören muss [6]). §. 6.

Bei dem Betrieb des Gewerbes unmittelbar benutzte Sachen, z. B. Maschinen und Werkzeuge, zur Einrichtung des Comptoirs, Lagerhauses, Verkaufsgewölbes (auch des Wirthshauses) dienende Sachen, Handelsbücher, Transportmittel für Waaren. §. 7.

Verbrauchte Sachen, z. B. Feuermaterial, Nebenmaterial (Farbe, Zusätze, Garn s. o. Art. 271, Bemerkungen §. 15, S. 18) zur Verpackung, Ausstaffirung und Etiquettirung dienende Sachen, Schreibmaterial.

Als nur mittelbar benutzte und verbrauchte Sachen, die folglich nicht den Gegenstand eines Handelsgeschäfts bilden, sind z. B. anzusehen Pferde und Wagen, mit welchen die Kunden spazieren gefahren werden, Gegenstände, welche zu Geschenken für die Kunden, und zur Alimentation des Hülfspersonals bestimmt sind.

Zu den in Absatz 2 aufgestellten Classen von Geschäften nicht gehörig, aber doch unter Art. 273, Abs. 1 fallend, sind beispielsweise folgende Geschäfte zu erwähnen: Zahlungen, Versicherung von Waaren und Handlungslocalitäten [7]), Engagement des Hülfspersonals, Inserirung von Annoncen in öffentliche Blätter, zur Reclame aller Art dienende Geschäfte, Aufnahme von Darlehen, Hingabe zur Bearbeitung, Auftrag an Commissionäre, Bürgschaft gegen Provision [8]). §. 8.

[6]) Bei Goldschmidt a. a. O. Note 9 a. E. findet sich eine, freilich ganz unverschuldete, Ungenauigkeit. Das Wort: „gewerblich“ wurde nicht erst bei Gelegenheit der Annahme des Antrags, aus welchem Absatz 3 hervorgegangen ist (Protok. S. 1421), in den Artikel aufgenommen, sondern war schon in dem vom 30. Januar 1858 der Versammlung vorgelegten Redactionsentwurf des ersten Artikels des vierten Buches, dessen lithographirtes Original mir vorliegt, enthalten und wurde mit ihm stillschweigend angenommen. Die Protokolle enthalten über die Feststellung der Redaction nur eine ganz allgemeine Notiz (Protok. S. 1319).

[7]) Art. 275, Bemerkungen §. 5.

[8]) Art. 281, Abs. 2.

Art. 273. Die Eingehung einer Handelsgesellschaft [9]) kann nicht als zum Betrieb des Handelsgewerbes des einzelnen Gesellschafters gehörig angesehen werden, dagegen wohl die Aufnahme eines stillen Gesellschafters, vorausgesetzt, dass dadurch das Handelsgewerbe nicht ein anderes wird. Ebenso die Abschliessung von Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung.

§. 9. **Absatz 3** enthält eine aus Utilitätsrücksichten beschlossene Ausnahme vom Princip des Absatzes 1. S. Art. 10, Bemerkungen §. 12 (Bd. I, S. 30) und Art. 272, Nro. 1 und 5.

Art. 274.

Art. 274. Die von einem Kaufmann geschlossenen Verträge gelten im Zweifel als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig.

Die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe des Handelsgewerbes gezeichnet, sofern sich nicht aus denselben das Gegentheil ergiebt.

Preuss. Entwurf Art. 211, Abs. 2. 3. — Entwurf I. Lesung Art. 233, Abs. 2. 3. — Entwurf II. Lesung Art. 257.
Protok. S. 544. 546. — 1297 f.

§. 1. Der Artikel ist von der grössten Wichtigkeit. „Er schliesst das System der Handelsgeschäfte ab“ [1]). Die beiden Absätze haben eine verschiedene Tragweite.

§. 2. **Absatz 1** ergänzt den Art. 273 und ermöglicht seine Anwendung in den meisten Fällen, da ohne diese Präsumtion der Artikel in sehr vielen Fällen wegen mangelnden Beweises der Zugehörigkeit nicht praktisch werden würde. Die Vermuthung beschränkt sich jedoch auf die „Zugehörigkeit“ und kann nicht auch auf das Abschliessen „im Betrieb des Handelsgewerbes“ [2]) bezogen werden. Es ist nicht unter allen Umständen erforderlich, die Wirkung der Präsumtion durch einen formellen Gegenbeweis zu zerstören, sondern es kann auch aus den Umständen von vornherein hervorgehen, dass das Geschäft nicht zum Handelsgewerbe gehöre.

§. 3. **Absatz 2** hat nicht etwa die Bedeutung, dass wenn in einem Geschäft von dem einen Betheiligten, welcher Kaufmann ist, ein Schuld-

[9]) Art. 90 Bemerkungen §. 2, Nro. 2 (Bd. I, S. 213).
[1]) Goldschmidt, Handbuch Bd. I, S. 501.
[2]) Art. 272 Bemerk. §. 23.

schein gezeichnet wird, aus welchem sich nicht ergiebt, dass das Geschäft nicht als Handelsgeschäft habe abgeschlossen werden sollen, dasselbe dadurch zum Handelsgeschäft gemacht wird. Die Bestimmung bezieht sich überhaupt zunächst nur auf den Schuldschein selbst und nur mittelbar auf das Geschäft, nämlich nur dann, wenn die Zeichnung des Schuldscheins den Abschluss des Geschäfts selbst bildet. Art. 274.

Dies ist der Fall bei allen Inhaber- und Ordrepapieren, auch bei dem Indossement und Accept. Sind diese Erklärungen von einem Kaufmann gezeichnet, ohne dass aus ihnen hervorgeht, dass sie nicht im Betrieb des Handelsgewerbes gezeichnet sein sollen, so treten alle Rechtsfolgen ein, welche das Gesetzbuch oder eine sonstige Rechtsquelle an die Zeichnung durch einen Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes knüpft [3]). Ausserdem kann auch für diesen Fall der erste Absatz, welcher eine Präsumtion für die Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe des Ausstellers aufstellt, wichtig werden.

Ist der Schuldschein dagegen nur Beweismittel, so hat der Umstand, dass er im Betrieb des Handelsgewerbes gezeichnet ist, eine selbständige Bedeutung nicht. Es tritt vielmehr nur die Präsumtion des ersten Absatzes ein, die durch jeden Gegenbeweis [4]) zerstört werden kann. Ein Geschäft erhält ja dadurch, dass zum Zweck des Beweises des Abschlusses desselben Urkunden ausgestellt werden, keinen anderen Charakter.

Schuldschein. Dazu gehören namentlich die Verpflichtungsscheine des Art. 301 und die Papiere des Art. 302. Die Tratte ist ein Schuldschein, die Anweisung kann es sein. Nach Art. 301 kommt zwar die Ordre-Anweisung den Indossataren gegenüber nicht als Schuldschein in Betracht [5]), aber die Präsumtion dürfte doch analog auf sie auszudehnen sein. §. 4.

Dass der Schuldschein mit der Firma gezeichnet sei, ist nicht erforderlich [6]). Auch bei Zeichnung des von der Firma verschiedenen bürgerlichen Namens gilt die Vermuthung.

Art. 275.

Verträge über unbewegliche Sachen sind keine Handelsgeschäfte. Art. 275.

[3]) S. namentlich Art. 300, 301 u. 304.

[4]) Selbstverständlich durch jeden processualisch zulässigen, also bei Executivprocess nur Urkundenbeweis.

[5]) S. Art. 301, Bemerk.

[6]) S. Art. 15, Bemerk. §. 4.

Art. 275. Preuss. Entwurf Art. 211, Abs. 4. — Entwurf I. Lesung Art. 233, Abs. 4. — Entwurf II. Lesung Art. 258.
Protok. S. 546 f. — 1300 bis 1302. — 5065.

§. 1. Was **unbewegliche Sachen** sind, bestimmt das einschlagende allgemeine bürgerliche Recht. Zu den unbeweglichen Sachen gehören auch die Immobiliarrechte. Ein Recht wird dadurch allein noch nicht zum Immobiliarrecht, dass es in irgend welcher Verbindung mit einer Immobilie steht, sondern dadurch, dass es an einer Immobilie begründet oder durch positive Bestimmung den Immobilien gleichgestellt ist. Eine hypothekarisch versicherte Forderung ist mithin keine Immobilie, kann also Gegenstand eines Handelsgeschäfts sein, in welchem Fall dann die Hypothek, obgleich Immobiliarrecht, der Forderung folgt.

§. 2. Sachen, welche zur Zeit des Vertragsabschlusses unbeweglich sind, können mit Bezugnahme darauf, dass sie durch Trennung von Grund und Boden beweglich gemacht werden sollen, schon bei Abschluss des Vertrags in dieser ihrer eventuellen Eigenschaft in Betracht gezogen werden, der Vertrag ist in diesem Falle über eine Mobilie geschlossen. Beispiele: Kauf der Frucht auf dem Halm, im Gegensatz zu der Pachtung eines Gutes, Kauf der Ausbeute eines Steinbruchs, einer Grube, im Gegensatz von Pachtung desselben und Erwerb des Rechts der Ausbeutung als dinglichen Rechts [1]), Kauf der Materialien eines abzubrechenden Hauses (Kauf auf Abbruch) ohne Area, im Gegensatz zu Kauf eines Hauses mit Area aus dem Motiv das Haus abzubrechen [2]).

§. 3. **Verträge über eine Immobilie**, d. h. Vertrag, dessen Object eine vorhandene Immobilie ist, gleichviel ob dieselbe in der Wirklichkeit oder nur in der Idee vorhanden ist. Kauf, Miethe [3]), Verpfändung eines vorhandenen oder eines erst zu erbauenden Hauses gehören hierher.

[1]) Ob der eine oder der andere Vertrag vorliegt, ist quaestio facti. Wird der Preis nach dem Ertrag der Ausbeute bestimmt, so wird Kauf der zu trennenden Mobilien anzunehmen sein.

[2]) Goldschmidt, Handbuch Bd. I, S. 516.

[3]) v. Kräwel in seinem Commentar, Anmerk. 1 zu diesem Artikel findet, dass die Fassung des Artikels es nicht unzweifelhaft ausspreche, dass auch die Miethverträge von Messlocalitäten u. dergl. nicht als Handelsgeschäfte anzusehen sein, „denn man könne sagen, dass solche Miethverträge nicht die unbewegliche Sache selbst, sondern nur deren zeitweilige Benutzung zum Gegenstand haben.“ — Eine consequente Durchführung dieser Auffassung würde dahin führen, dass der Artikel seinen ganzen Inhalt verlöre. Man könnte dann selbst zweifeln, ob der Kauf unter den Artikel falle, da dieser ja nur den Besitz und Gebrauch der Sache zum Gegenstand habe. Selbst die Bestellung eines Ususfructus an einer Immobilie durch einen Kaufmann in seinem Handelsbetrieb z. B. als Gegenleistung für die Ueberlassung von Waaren oder für geleistete Dienste als Handlungsgehülfe, würde dann als Handelsgeschäft aufzufassen sein.

Der Vertrag über die **Erbauung eines Hauses** ist ein Vertrag über eine Immobilie, wenn der Erbauer auf eigenem Grund und Boden das Haus erbauen und nach Vollendung es dem Besteller liefern soll [4]. **Art. 275. §. 4.**

Ebenso ist der die Erbauung eines Hauses auf dem Grund und Boden des Bestellers betreffende Vertrag ein Vertrag über eine Immobilie, wenn die Gegenleistung eine einheitliche ist, sei es, dass dieselbe im Voraus verabredet oder von einer späteren Taxation abhängig gemacht ist. Ist jedoch verabredet, dass der Besteller die einzelnen zum Bau verwendeten Materialien in dem wirklich verwendeten Umfang, den aufgelaufenen Arbeitslohn, den Bauriss, die Leitung des Baues durch den Baumeister einzeln zu bezahlen hat [5], so liegt nicht ein Vertrag über eine Immobilie vor, sondern die aufgeführten einzelnen Sachen und Leistungen erscheinen als die eigentlichen Objecte verschiedener Verträge, welche nur zufällig zusammen abgeschlossen sind [6].

Ganz dasselbe gilt von Verträgen über Herstellung von Theilen einer Immobilie, seien es Bestandtheile wie das Zimmerwerk, das Gemäuer eines Hauses, das Wasserwerk einer Mühle, oder locale Theile, wie ein Stockwerk, defecte Stellen.

In gleicher Weise ist der Vertrag über Herstellung eines Weges, einer Eisenbahn, eines Gartens u. s. w. je nach der Art der Verabredung als ein Vertrag über Immobilien anzusehen, oder nicht.

Hieraus folgt, dass die Uebernahme von Bauten der ersteren Art unter Art. 275 fällt, also nie Handelsgeschäft sein kann, dass aber aus dem Artikel kein Grund dafür zu entnehmen ist, die Uebernahme von Bauten der zweiten Art von den Handelsgeschäften auszuschliessen. Ja diese wird sogar meist Handelsgeschäft sein auf Grund des Art. 273.

Der Bauunternehmer schafft die Baumaterialien regelmässig an, folglich ist, je nachdem er diese Anschaffung vor oder nach Abschluss des Vertrags mit dem Besteller vornimmt, die Anschaffung ein objectives Handelsgeschäft nach Art. 271, Nro. 1, oder die Uebernahme der Lieferung ein solches nach Art. 271, Nro. 2. Treibt nun der Bauunterneh-

[4]) Ob das Haus in das Eigenthum des Bestellers übergehen, also auch der Bauplatz mit übertragen werden, oder ob das Haus nur eine Superficies bilden, und der Erbauer Eigenthümer der Area bleiben soll, ist gleichgültig.

[5]) Dies muss natürlich die eigentliche Vertragsverabredung sein. Sind die Werthe dieser einzelnen Sachen und Leistungen nur bei der Vorverhandlung zur Sprache gekommen (im Anschlag des Baumeisters) zum Zweck der Feststellung der einheitlichen Gegenleistung, so kommen sie nicht in Betracht.

[6]) Welche rechtliche Natur die Verträge haben, ist hierbei gleichgütig. Im angeführten letztern Fall liegt eine Cumulation von Kauf (Baumaterialien), locatio conductio operis (Riss, Aufsicht), locatio conductio operarum (Bauarbeiter) vor.

Art. 275. mer, wie dies meistens der Fall ist, sein Geschäft gewerbemässig, so wird er, da der Abschluss der das Material betreffenden Verträge einen Haupttheil seiner gewerbmässigen Thätigkeit bildet, dadurch zum Kaufmann und sein Gewerbe zum Handelsgewerbe. In Folge davon aber werden alle zu diesem Gewerbe gehörigen Geschäfte nach Art. 273 Handelsgeschäfte.

Dagegen ist der Ankauf von Baumaterialien, welche eine Person in der Absicht vornimmt, das daraus zu erbauende Haus später zu verkaufen, kein Handelsgeschäft, denn das Haus erscheint nicht als Verarbeitung des Baumaterials, sondern als eine neue besondere Sache [7]). Folglich kann auch eine auf Herstellung solcher Bauten gerichtete gewerbemässige Thätigkeit den Unternehmer nie zum Kaufmann machen.

Ist dagegen durch gewerbemässige Uebernahme von Bauten der zweiten Art ein Handelsgewerbe constituirt und werden in demselben auch Bauten der ersten Art unternommen, so fallen alle in dem Gewerbe abgeschlossenen Geschäfte unter dem Begriff der Handelsgeschäfte, selbst wenn sie nachweisbar zum Zweck der Ausführung eines Baues der ersten Art dienen sollen [8]).

§. 5. Versicherung einer Immobilie, sei es gegen Prämie oder auf Gegenseitigkeit, ist auf Seiten keines der Contrahenten ein Vertrag über Immobilien. Nicht die sogenannte versicherte Sache ist Gegenstand des Versicherungsvertrags, sondern das Interesse, dass eine Sache eine gewisse Gefahr bestehe [9]). Uebernahme der Versicherung einer Immobilie gegen Prämie ist daher immer Handelsgeschäft, Art. 271, Nro. 3. Auf Seiten des Versicherten ist Versicherung gegen Prämie, sowie gegenseitige Versicherung Handelsgeschäft, wenn sie unter Art. 273 fällt, insbesondere also, wenn das Interesse an Handelslocalitäten versichert wird.

[7]) Goldschmidt's (Handbuch S. 515) zu demselben Resultat führender Argumentation: „Kann die Veräusserung niemals Handelsgeschäft sein, so wäre es unlogisch, das Speculationsgeschäft für ein solches zu erachten", kann ich nicht beitreten. Jedenfalls genügt die obige von Goldschmidt ebenfalls gebrauchte Begründung.

[8]) Goldschmidt, der überhaupt die Bauunternehmungen der zweiten Art nicht berücksichtigt, hat diesen Satz nicht. Er führt dagegen noch den Fall an, dass „ein Kaufmann bewegliche Sachen kauft, um dieselben für sein Handelsgewerbe wenngleich mittelst Verbindung mit Liegenschaften als Theile oder Pertinenzen derselben zu benutzen" und bezeichnet diese Geschäfte mit Recht als Handelsgeschäfte, z. B. Anschaffung von Eisenbahnschienen durch eine Eisenbahnverwaltung, von Spiegeln, Gasröhren zur Einrichtung eines Ladenlocals.

[9]) S. Art. 782.

Art. 276.

Die Eigenschaft oder die Gültigkeit eines Handelsgeschäfts wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass einer Person wegen ihres Amtes oder Standes, oder aus gewerbepolizeilichen oder anderen ähnlichen Gründen untersagt ist, Handel zu treiben oder Handelsgeschäfte zu schliessen. Art. 276.

Preuss. Entwurf Art. 213. — Entwurf I. Lesung Art. 235. — Entwurf II. Lesung Art. 259.

Protok. S. 537 f. 548 bis 551. — 1302 f. 5065.

Der Artikel schliesst sich an Art. 11 an und ergänzt denselben. §. 1.
Es konnte in demselben nicht, wie in jenem, bloss der Landesgesetze Erwähnung geschehen, da das Gesetzbuch selbst einzelnen Personen den Abschluss von Handelsgeschäften im Allgemeinen oder nach einer gewissen Richtung untersagt: dem Procuristen und Handlungsbevollmächtigten (Art. 56), dem Handlungsgehülfen (Art. 59), den Handelsmäklern (Art. 69 Nro. 1), den offenen und den persönlich haftenden Gesellschaftern (Art. 96. 159).

Unter **anderen ähnlichen Gründen** sind solche zu verstehen, §. 2.
welche in der äusseren Stellung einer Person oder in der Unterlassung der Erfüllung gewisser öffentlich rechtlicher Verpflichtungen liegen. Das Wort ähnlicher zu streichen, wie mehrmals beantragt war[1]), wurde deswegen nicht beliebt, weil sonst die erweiterte Fassung leicht zu dem Missverständniss führen könne, dass der Artikel sich auf solche Personen beziehe, welche zur Abschliessung von Verträgen überhaupt für unfähig erklärt seien.

Ist die betreffende Person überhaupt nicht dispositionsfähig oder in ihrer Disposition, was deren Umfang oder Wirksamkeit betrifft, beschränkt, so tritt diese Unfähigkeit oder diese Beschränkung auch hinsichtlich solcher Geschäfte ein, welche als Handelsgeschäfte abgeschlossen sein würden oder sind. Hiernach bestimmt sich auch der Abschluss von Handelsgeschäften durch eine Frau bez. eine Ehefrau, welche nicht Handelsfrau ist (Art. 6 bis 9). Insoweit ein von einer solchen abgeschlossenes

[1]) Protok. S. 1302 f., Monitum zur dritten Lesung Nro. 270.

Art. 276. Geschäft überhaupt nach den für sie geltenden Regeln des allgemeinen bürgerlichen Rechts, bez. dem concreten Ehevertrag gültig und wirksam ist, insoweit ist es auch, wenn es unter Artikel 271 bis 274 fällt, Handelsgeschäft.

Man könnte versucht sein, aus Art. 7, Abs. 1 [2]) in Verbindung mit Art. 6, Abs. 1 [3]) abzuleiten, dass eine Ehefrau ohne Einwilligung ihres Ehemannes Handelsgeschäfte gar nicht gewerbemässig betreiben könne, dass daher auch diejenigen Geschäfte, welche, um Handelsgeschäfte zu werden, einen gewerbemässigen Betrieb ihrer selbst (Art. 272, Abs. 1) oder anderer Geschäfte (Art. 4, 273. 272, Abs. 2) voraussetzen, wenn von einer nicht autorisirten Ehefrau vorgenommen, keine Handelsgeschäfte seien. Diese Argumentation erweist sich jedoch bei richtiger Auffassung des Art. 7 als nicht stichhaltig. Die Gewerbemässigkeit eines Handelsbetriebes ist lediglich thatsächlicher Natur und begrifflich von jeder Autorisation unabhängig. Der Ehemann ist zur Ergreifung von Massregeln befugt, um der Ehefrau die Betreibung des Handelsgewerbes unmöglich zu machen; ergreift er diese nicht oder dringt er mit denselben nicht durch, so hat weder der Mangel seiner Autorisation, noch sogar die erklärte Absicht dieselbe zu versagen, Einfluss auf die Thatsache der Betreibung des Gewerbes, folglich auch nicht auf die aus derselben gezogenen Consequenzen. Die Nichtertheilung der Autorisation bewirkt nur, dass die Ehefrau der ihr durch die Art. 6. 8. 9 eingeräumten Rechte nicht theilhaftig wird, dass mithin, soweit sie eben als Ehefrau nicht gültig und wirksam handeln kann, so weit auch die von ihr vorgenommenen Handelsgeschäfte ungültig oder nur beschränkt wirksam sind. Kennt das competente bürgerliche Recht eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Ehefrau als solcher überhaupt nicht, so hat Art. 7, Abs. 1 nur die Bedeutung, dass der Ehemann Massregeln zur Verhinderung des Handelsbetriebes vornehmen kann [4]).

Art. 277.

Art. 277. Bei jedem Rechtsgeschäft, welches auf der Seite eines der Contrahenten ein Handelsgeschäft ist, sind die Bestimmungen dieses vierten Buchs in Beziehung auf beide Contrahenten gleichmässig

[2]) „Eine Ehefrau kann ohne Einwilligung ihres Ehemannes nicht Handelsfrau sein".

[3]) „Eine Frau, welche gewerbemässig Handelsgeschäfte betreibt (Handelsfrau), hat in dem Handelsbetriebe alle Rechte und Pflichten eines Kaufmanns".

[4]) S. Art. 7, Bemerk. §. 1.

anzuwenden, sofern nicht aus diesen Bestimmungen selbst sich ergiebt, dass ihre besonderen Festsetzungen sich nur auf denjenigen von beiden Contrahenten beziehen, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft ist. Art. 277.

Preuss. Entwurf: fehlt. Entwurf I. Lesung Art. 236. — Entwurf II. Lesung Art. 260.

Protok. S. 512 f. 541. 543. 547 f. — 1263 bis 1269. 1283 bis 1285.

Siehe oben Vorbemerkung zu diesem Abschnitt §. 4.

Sofern nicht u. s. w. Dies ist der Fall in Art. 280. 281. 282. 288. 292. Ferner kommt es vor, dass eine Bestimmung nur für den Fall getroffen ist, dass ein Kaufmann ein gewisses Geschäft vorgenommen hat (Art. 290. 292. 297. 300. 301. 302. 323), oder dass beide Contrahenten Kaufleute sind (Art. 289. 291. 309 bis 315).

Zweiter Abschnitt.

Allgemeine Bestimmungen über Handelsgeschäfte.

Vorbemerkung I.

Auerbach[1]) bemerkt zu diesem Abschnitt, dass in ihm „der systematische Zusammenhang am schwächsten durchschimmere. Einen solchen herauszufinden sei Sache der juristischen Reflexion". Ich verzichte auf eine derartige Untersuchung, ja ich halte sie sogar für unzulässig, insofern aus der Stellung der einzelnen Sätze in diesem Abschnitt (anders in Betreff der Stellung der Bestimmungen in den einzelnen Gruppen) Interpretationsmomente hergenommen werden sollen. Der Abschnitt enthält und will enthalten nichts anderes als einzelne Sätze über Han- Vorbemerkung I. §. 1.

1) Das neue Handelsgesetz systematisch dargestellt. Frkf. 1863. S. 263.

Vorbemerkung I. §. 2. delsgeschäfte und Gruppen von solchen, welche sich an anderen Orten oder unter besonderen Rubriken nicht unterbringen liessen.

Bei der Interpretation der einzelnen Sätze darf man nicht von einem einzigen bestimmten Gesichtspunkt ausgehen. Insbesondere aber darf man sich dadurch, dass ein einzelner Satz mit einem Rechtssatz eines der im Gebiete des Handelsgesetzbuchs geltenden allgemeinen bürgerlichen Rechte übereinstimmt, nicht zu der Annahme verleiten lassen, als müsse jener Satz an dieser Stelle doch etwas Besonderes bedeuten, da ja sonst seine Aufnahme überflüssig gewesen wäre. Der Grund der Aufnahme solcher Sätze ist ein verschiedener.

1. Auf dem Gebiete, für welches das Handelsgesetzbuch bestimmt ist, gelten verschiedene bürgerliche Rechte mit oft von einander abweichenden Bestimmungen. Es erschien nun erspriesslich, einzelne dieser Ungleichheiten dadurch wenigstens auf dem Gebiete des Handelsrechts auszugleichen, dass man den in einem bürgerlichen Recht sich findenden Rechtssatz in das Gesetzbuch aufnahm und dadurch für Handelsgeschäfte als überall massgebend erklärte. Selbstverständlich wurde nun auch dieser Satz bei der Publication des Gesetzbuchs in dem Staat, welchem das bürgerliche Recht, aus dem er entnommen war, angehört, nicht gestrichen.

2. Der Gesetzgeber beabsichtigt eine in einem oder mehreren bürgerlichen Rechten bestehende Controverse wenigstens für Handelsgeschäfte zu entscheiden.

3. In manchen Fällen schien es indicirt, hervorzuheben, dass eine Bestimmung des bürgerlichen Rechts auch bei der Beurtheilung von Handelsgeschäften gelte, oder insbesondere hierbei zur Anwendung komme. Dies geschah auch namentlich deswegen, weil man

4. in Berücksichtigung ziehen musste, dass das Gesetzbuch auch von Richtern aus dem Kaufmannsstande anzuwenden sei.

Vorbemerkung II.

Vorbemerkung II. §. 1. Das vierte Buch macht an verschiedenen Stellen gewisse Rechtsfolgen davon abhängig, dass das Subject des Rechtsverhältnisses ein Kaufmann ist. In den meisten Stellen wird jedoch nicht vom Kaufmann schlechthin gesprochen, sondern vom Kaufmann in Bezug auf sein Handelsgewerbe, nur in wenigen wird nicht auf das Handelsgewerbe Bezug genommen.

Das erstere geschieht durch die Hinzufügung der Worte: „im Betrieb seines Handelsgewerbes,“ „zum Betrieb des Handelsgewerbes,“ „in Ausübung des Handelsgewerbes“, „im Handelsbetrieb,“ „Geschäftsver-

bindung," (Art. 272. 273. 290. 297. 306. 307. 323), oder so, dass die Rechtsfolge nur für den Fall ausgesprochen wird, dass ein Kaufmann ein *Handelsgeschäft* abschliesst (Art. 289. 292, Abs. 2, zweiter Satz, 302. 309. 310. 311. 312. 313)[1]. Nicht ausdrücklich auf das Handelsgewerbe Bezug genommen ist in Art. 291. 292, Abs. 2, am Anfange, 300. 301. 378. 388. 420. Vorbemerkung II.

Es fragt sich nun, ob der Kaufmann nur in Betracht der beiden ersten Reihen von Bestimmungen *als solcher*, d. h. *als ein gewerbemässig Handelsgeschäfte Betreibender* in Betracht kommt, so dass die der letzten Reihe angehörenden Bestimmungen dann immer Platz greifen, wenn nur eine Person, die *zufällig* Kaufmann ist, als Subject des Rechtsverhältnisses, namentlich als Contrahent, auftritt, ganz einerlei ob mit Bezugnahme auf das von ihr betriebene Handelsgewerbe, oder nicht — oder ob auch im letzten Fall die Bezugnahme auf das Handelsgewerbe erfordert wird.

Der speciellen Beantwortung dieser Frage sei zunächst folgende Bemerkung vorausgeschickt. §. 2.

Wenn für eine Classe von Personen ein besonderer Rechtssatz aufgestellt wird, und das diese Personen zu dieser Classe verbindende Moment nicht der Art ist, dass es, wie z. B. Geschlecht oder Staatsangehörigkeit, die gesammte Persönlichkeit umfasst, so kann die Frage entstehen, ob der Umstand, dass eine Person dieser Classe angehört, sie unbedingt dem Rechtssatz unterwirft, oder ob dieser sich nur soweit auf sie bezieht, als sie in ihrer Eigenschaft als Zugehöriger zu dieser Classe in Betracht kommt. Das Erstere wird dann gewöhnlich der Fall sein, wenn der Inhalt des Rechtssatzes mit der charakteristischen Eigenschaft der betreffenden Classe nicht in Zusammenhang steht, sondern wenn z. B. die grössere oder geringere intellectuelle Ausbildung, die Bewandertheit in gewissen wirthschaftlichen Angelegenheiten, die sociale Stellung der dieser Classe Angehörigen ins Auge gefasst wird, z. B. wenn schriftliche oder gerichtliche Vornahme gewisser Rechtshandlungen vorgeschrieben, aber für gewisse Classen von Personen eine Ausnahme gemacht ist, oder wenn die gerichtliche Errichtung nur für gewisse Classen vorgeschrieben ist. Das Letztere wird dann anzunehmen sein, wenn ein Zusammenhang

[1] Völlig dasselbe ist es allerdings nicht: ein Kaufmann, welcher ein Handelsgeschäft abschliesst, und ein Kaufmann, welcher in seinem Gewerbebetrieb handelt; denn es ist der Fall denkbar, dass der Kaufmann ein objectives Handelsgeschäft abschliesst, ohne dass dasselbe seinem Geschäftsbetrieb an sich angehört, oder dass er speciell beabsichtigt, dass dasselbe im Gewerbebetrieb abgeschlossen werden soll (beim subjectiven Handelsgeschäft ist dies nicht möglich nach Art. 272, Abs. 2), allein der Fall ist ein so exceptioneller, dass er füglich hier ignorirt werden kann.

4*

Vorbemerkung II. zwischen dem Inhalt des Rechtssatzes und demjenigen Moment, welches die betreffenden Personen zu einer Classe vereinigt, besteht.

§. 3. Nun ist der Begriff des Kaufmanns, wie ihn das Handelsgesetzbuch aufstellt, ein so weiter, dass an den unter denselben fallenden Personen schlechterdings keine andere gemeinsame Eigenschaft erkannt werden kann, als diejenige, welche den Inhalt des Begriffs ausmacht, das gewerbemässige Betreiben von Handelsgeschäften. Es ergiebt sich dies sofort, wenn man berücksichtigt, dass der Krämer, der Höker, eine Reihe kleiner Handwerker, der Schenkwirth, der Fuhrmann ebenso gut unter den Begriff des Kaufmanns fallen, als der Grosshändler, der Fabricant, der Banquier, der Buchhändler, der Rheder. Es ist mithin auch nicht wohl denkbar, dass das Gesetz, wenn es vom Kaufmann im Gegensatz zu anderen Personen spricht, dabei die ganze Persönlichkeit derjenigen, welche gewerbemässig Handel treiben, im Auge hat. Die Bestimmung kann vielmehr vernünftiger Weise nur die fragliche Person mit Bezug auf ihren gewerblichen Handelsbetrieb, den Kaufmann, der als solcher auftritt, betreffen.

§. 4. Dafür nun, dass dies in der That der Standpunkt des Handelsgesetzbuchs ist, sprechen folgende Gründe:

Bei den meisten Bestimmungen ist, wie erwähnt, ausdrücklich des Handelsbetriebes des Kaufmannes gedacht, und es ist kein Grund ersichtlich, warum in denjenigen Fällen, in welchen dies nicht der Fall ist, diese Auslassung in der Absicht erfolgt sein sollte, dass der Satz sich auf jede Person, welche zufällig Kaufmann ist, auch wenn sie nicht als solche thätig ist, bezöge. Insbesondere ist als ein solcher Grund nicht etwa der anzusehen, dass es oft schwierig sei, die Beziehung der betreffenden Thätigkeit des Kaufmanns zum Handelsgewerbe darzuthun, denn der gleiche Einwand würde auch die anderen Fälle treffen, ist aber auch wegen der hier überall eintretenden Präsumtion überhaupt nicht von Belang.

§. 5. Ferner ist zu bemerken, dass der Gesetzgeber zwar in jedem Gesetz jeden Rechtssatz aussprechen kann und durch den allgemeinen Zweck, welchen er bei Erlassung eines Gesetzes verfolgt, nicht verhindert ist, in einem einzelnen Satz desselben einen anderen und weiteren Zweck zu verfolgen, so dass er auch im Handelsgesetzbuch sehr wohl einzelne Sätze von einer grösseren Tragweite verkünden kann, als die übrigen Sätze haben. Von einer Competenzüberschreitung kann beim Gesetzgeber nie die Rede sein. Dagegen ist die Berücksichtigung des Zweckes des Gesetzgebers bei Erlassung eines Gesetzes, soweit derselbe sich aus dem Gesetze selbst ergiebt, und die Grenze,

die er sich zu dem Ende selbst gesetzt, für die Interpretation insofern massgebend, als anzunehmen ist, der Gesetzgeber habe nur dann in dem einzelnen Fall die selbstgesteckten Grenzen erweitert oder verengert, wenn dies aus den Worten des Gesetzes mit Nothwendigkeit hervorgeht. Im Zweifel muss man also die Einhaltung der Grenzen voraussetzen. **Vorbemerkung II.**

§. 6. Das Gesetzbuch behandelt nun wesentlich nur dem Handel angehörende oder mit diesem in nächstem Zusammenhang stehende Rechtsverhältnisse. In seltenen Fällen generalisirt es manche Bestimmungen, nirgends aber zeigt sich die Tendenz ein Standesrecht der Kaufleute aufzustellen; ja sogar die Möglichkeit einer solchen Tendenz ist durch die oben hervorgehobene weite Fassung des Begriffs des Kaufmanns ausgeschlossen. Man ist daher auch zu der Annahme, dass eine einzelne Bestimmung den fraglichen Charakter trage, nur dann berechtigt, wenn dies aus den Worten der Bestimmung mit Evidenz hervorgeht.

§. 7. Betrachten wir die betreffenden Bestimmungen im Einzelnen, so finden wir

1. dass Art. 272, Abs. 2 bestimmt, dass ein zu den subjectiven Handelsgeschäften gehörendes Geschäft, auch wenn es nicht gewerbemässig, sondern einzeln, aber von einem Kaufmann abgeschlossen werde, Handelsgeschäft sein solle. Damit ist aber nicht ausgesprochen, ob auch die einzelnen Rechtssätze, welche unter der Voraussetzung gewerbemässigen Betriebs für die einzelnen subjectiven Rechtsgeschäfte gelten, auf ein solches Geschäft Anwendung leiden. Dies musste daher besonders festgesetzt werden, und ist festgesetzt worden. Solche Rechtssätze sind nämlich im Handelsgesetzbuch lediglich aufgestellt für den Betrieb der Commissions-, Speditions- und Frachtgeschäfte, und die Anwendbarkeit dieser Sätze auch auf den erwähnten Fall wird ausgesprochen in den Art. 378. 388. 420. Es ist nun undenkbar, dass die letzteren Bestimmungen einen andern Thatbestand voraussetzen sollen, als die ersteren, dass also z. B. die Bestimmungen des Titels über das Frachtgeschäft auf jeden von einem Kaufmann übernommenen Transport, einerlei, ob er dabei im Betrieb seines Handelsgewerbes oder ausserhalb desselben gehandelt habe, anwendbar, dagegen das Geschäft nur unter der Voraussetzung, dass es im Handelsbetrieb abgeschlossen sei, Handelsgeschäft sein sollte. Nach dieser Auffassung käme ja die Anomalie heraus, einmal, dass die für Handelsgeschäfte aufgestellten Bestimmungen der Titel 3. 4. 5. des vierten Buchs auch auf Nichthandelsgeschäfte angewendet würden, ferner, dass auch das von einem Kaufmann in sei-

Vorbemerkung II. nem Handelsbetrieb abgeschlossene Geschäft die speciellen Bestimmungen des Gesetzbuchs und die allgemeinen des ersten Titels des vierten Buchs Anwendung fänden, dagegen für ein solches Geschäft, wenn es nicht im Handelsbetrieb abgeschlossen würde, zwar jene, aber nicht diese massgebend sein würden.

Wenn daher auch die drei Stellen Art. 378.[2]) 388. 420 die in Art. 272, Abs. 2.[3]) vorkommende Bezugnahme auf den Handelsbetrieb nicht ausdrücklich enthalten, so können sie doch vernünftiger Weise nur so interpretirt werden, dass „Kaufmann" bedeutet: „Kaufmann als solcher," Kaufmann in Ausübung seines Handelsgewerbes.

§. 8. 2. Art. 291 gestattet das Zinsennehmen vom Saldo, auch wenn in demselben Zinsen begriffen sind, für den Fall, „wenn ein Kaufmann mit dem anderen in laufender Rechnung (Contocurrent) steht." Nun liesse sich zwar vielleicht mit einiger Mühe ein Fall construiren, in welchem zwei Kaufleute mit einander in laufender Rechnung stehen über Geschäfte, welche nicht im Betrieb ihres Handelsgewerbes abgeschlossen und überhaupt nicht Handelsgeschäfte sind. Es bedarf wohl aber keiner weiteren Deduction, dass es eine überaus gezwungene Annahme wäre, der Gesetzgeber habe im Interesse dieses möglichen, aber jedenfalls äusserst seltenen Falls seinen allgemeinen Standpunkt aufgegeben. Vielmehr liegt die andere Interpretation viel näher, dass das Gesetz hier die Erwähnung des Umstandes, dass die laufende Rechnung sich auf den Handelsbetrieb bezieht, für gänzlich überflüssig gehalten hat.

§. 9. 3. Dasselbe gilt von Art. 300 und 301, bei deren Interpretation die Präsumtion des Art. 274, Abs. 2 nicht ausser Acht zu lassen ist. Acceptirt ein Kaufmann eine Anweisung oder stellt er eine solche oder einen Verpflichtungsschein aus, so gelten diese Papiere als im Betrieb des Handelsgewerbes gezeichnet, sofern nicht aus denselben das Gegentheil hervorgeht. Ist es nun wohl denkbar, dass auch für den (noch dazu seltenen) Fall, wenn diese Evidenz vorhanden ist, der Unterschrift einer Person, welche zufällig auch Kaufmann ist, eine weiter gehende Wirkung zugeschrieben werden sollte, als der Unterschrift eines Nichtkaufmanns?

[2]) „Die Bestimmungen dieses Titels kommen auch zur Anwendung, wenn ein Kaufmann, dessen gewöhnlicher Handelsbetrieb nicht in Commissionsgeschäften besteht, ein einzelnes Handelsgeschäft in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers schliesst."

[3]) „Die bezeichneten Geschäfte sind auch alsdann Handelsgeschäfte, wenn sie zwar einzeln, jedoch von einem Kaufmann im Betrieb seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes gemacht werden."

4. So bleibt nur noch Art. 292, Abs. 2 übrig. Dieser bestimmt: „Bei Darlehen, welche ein Kaufmann empfängt, und bei Schulden eines Kaufmanns aus seinen Handelsgeschäften können auch höhere Zinsen als Sechs vom Hundert jährlich bedungen werden.“ Ist dies nun so aufzufassen, dass während die Schulden im Allgemeinen aus Handelsgeschäften hervorgegangen sein müssen, damit höhere Zinsen als sechsprocentige bedungen werden können, bei Darlehen eine Ausnahme dahin gemacht wird, dass ein solches nicht im Betrieb des Handelsgewerbes aufgenommen, dass es kein Handelsgeschäft zu sein braucht? Vorbemerkung II. §. 10.

Es ist dies der wichtigste unter den hierher gehörigen Artikeln und von grosser praktischer Bedeutung, er bedarf daher einer eingehenderen Untersuchung. Nicht etwa wegen der in den Debatten erwähnten Fälle, dass ein Kaufmann auf einer Vergnügungsreise zum Zweck der Fortsetzung derselben oder am Spieltisch ein Darlehen aufnimmt, überhaupt nicht wegen der Geschäfte des im Leben sogenannten Kaufmanns, wohl aber wegen derjenigen der sogenannten kleinen Leute, welche ein ganz bestimmt begrenztes Gewerbe treiben und, zwar nicht nach dem Sprachgebrauch, aber nach dem Handelsgesetzbuch Kaufleute sind.

Dass man bei der vorliegenden Untersuchung sich ganz auf den Standpunkt zu stellen hat, von welchem aus die Wuchergesetze als berechtigt erscheinen, ist selbstverständlich[4]).

Diejenigen Interpreten, welche auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes grosses Gewicht legen und die Intentionen der Verfasser des Gesetzesmaterials für entscheidend halten, können in den Vorarbeiten Argumente für die Auffassung finden, dass der Artikel von jedem Darlehen einer Person, welche Kaufmann ist, handelt. In dieser Weise fasst der preussische Entwurf den Satz auf, und in erster Lesung wurde der §. 11.

[4]) Den Einwand, dass die Bestimmung aus dem Odium gegen die Wuchergesetze zu erklären sei, und dass das Handelsgesetzbuch dieselben, soweit als irgend möglich, habe beseitigen wollen, habe ich wohl nicht zu befürchten. Diese Annahme würde auf der unmöglichen Voraussetzung beruhen, dass der „Gesetzgeber“ (nicht die zufälligen Verfasser des Gesetzesmaterials) eine andere gesetzliche Bestimmung für im Princip ungerechtfertigt hielte und implicite auch dafür erklärte, ohne sie doch zu beseitigen. Ferner würde entgegenstehen, dass, wenn der Gesetzgeber die Schranken, welche er bei Erlassung des Gesetzes sich gesetzt, einmal absichtlich überschreitet, indem er auch einzelne Nichthandelsgeschäfte der Kaufleute berücksichtigt, es unbegreiflich ist, warum er sich bei Aufstellung einer so völlig principlosen Halbheit beruhigt und nicht einen Schritt weiter geht, indem er entweder alle Geschäfte der Kaufleute oder die Darlehensgeschäfte aller Personen von der Beschränkung der Wuchergesetze eximirt.

Vorbemerkung II.

Antrag, der Darlehen nicht besonders zu erwähnen, und in zweiter Lesung der Antrag, die Bestimmung auf diejenigen Darlehen zu beschränken, welche ein Kaufmann zu seinen Handelsgeschäften entnimmt, verworfen, und zwar beide Male mit sehr grosser Majorität [5]). Allein es liegt hier ein Fall vor, der es recht deutlich belegt, wie die Vorarbeiten, einschliesslich der Protokolle, nur mit grosser Vorsicht zu gebrauchen sind.

Die hauptsächlichen Gründe, welche in den Motiven zum preussischen Entwurf (S. 111) und in den Verhandlungen für die Zweckmässigkeit der Aufhebung der Zinsverbote für alle Darlehen an Kaufleute angeführt wurden, widerlegen sich durch einfache Bezugnahme auf die Präsumtion des Art. 274. In der Nichtberücksichtigung und nicht gehörigen Würdigung dieser Präsumtion liegt der Grund, warum sich „namentlich die Conferenzmitglieder vom Kaufmannsstand“ für die weitere Auffassung erklärt hatten. Berücksichtigt man die Bestimmung des Art. 274, so ist es nicht abzusehen, wie die Beschränkung unserer Bestimmung auf die für das Handelsgewerbe aufgenommenen Darlehen dem Credit der Kaufleute schaden könne, wie es ihnen „sehr schwer werden könne, Geld dargeliehen zu erhalten“. Wenn aber in den „Motiven“ weiter angeführt ist: „Selbst wenn die creditirten Gelder unmittelbar zu einem andern Zweck dienen, so kommen sie doch immer mittelbar dem Handelsgeschäft des Schuldners dadurch zu Statten, dass derselbe der Nothwendigkeit überhoben ist, die zu jenem anderweiten Zweck erforderlichen Gelder aus seinem Geschäftsfonds zu entnehmen,“ so tritt hier zunächst wieder die oben erwähnte Inconsequenz zu Tage, warum dem Kaufmann nicht auch gestattet wird, von allen anderen Passivforderungen höhere Zinsen zu versprechen. Insbesondere aber sind die Gründe deswegen hinfällig, weil sie sich lediglich auf den grösseren Kaufmann, der im gewöhnlichen Leben vorzugsweise Kaufmann genannt wird, beziehen. Nicht für diesen aber, sondern für die sogenannten kleinen Leute, die ebenfalls unter den Begriff des Kaufmanns fallen, ja deren Anzahl sogar die bei weitem grössere ist, hat die Frage eine besondere Wichtigkeit. Wenn der kleine Handwerker, der ein Darlehen aufnimmt, um einen Garten zu kaufen, in welchem er sein Gemüse zieht, oder um Schulden, die in Folge eines harten Winters, einer Krankheit, entstanden sind, zu bezahlen etc., so kann gewiss weder die Rede sein von einer grossen Vertrautheit mit Geldgeschäften, noch davon,

5) Protok. S. 425 f. 1319. — Der Verf. steht nicht an einzuräumen, dass er selbst beide Male der Majorität angehörte.

dass das Geld, wenn es nicht entliehen worden wäre, dem Gewerbefonds hätte entnommen werden müssen, dass also das Darlehen dem Handelsgewerbe mittelbar zu Statten komme. Diese Beispiele sind keine extremen, sondern, ich wiederhole es, die eigentlich praktischen, da sie den häufig vorkommenden Geschäften derjenigen Schichten entnommen sind, für welche die Frage hauptsächlich wichtig wird. Vorbemerkung II.

Bei einer späteren Berathung wurde allerdings auf den Unterschied zwischen den grossen oder „eigentlichen" Kaufleuten und den kleinen Gewerbetreibenden besonders aufmerksam gemacht. Es geschah dies aber zur Motivirung des Antrags, die Anwendbarkeit einer Anzahl von aufgestellten Rechtssätzen auf die im Gewerbebetrieb vorgenommenen Geschäfte dieser kleineren Gewerbetreibenden auszuschliessen. Mit Recht wurde in dieser Richtung die urgirte Verschiedenheit nicht berücksichtigt und der Antrag verworfen. Eine Besprechung der hier vorliegenden Frage fand aber nicht statt [6]).

Wenn nun gleichwohl die Versammlung beschlossen hat, die von einem Kaufmann genommenen Darlehen, ohne Rücksicht, ob sie im Betrieb des Handelsgewerbes genommen sind, oder nicht, zu den Handelsgeschäften zu zählen, so erscheint dieser Beschluss gewiss nicht hinreichend motivirt, ja ich möchte sogar behaupten, es gehe aus den Verhandlungen hervor, dass die Conferenz sich nicht ganz klar bewusst war, dass sie, wie aus den vorstehenden Erörterungen sich ergiebt, einen Beschluss gefasst hat, welcher, ausgeführt, einen allein stehenden und ganz exceptionellen Satz in das Gesetzbuch gebracht haben würde. Ich sollte meinen, dass hiernach auch die erwähnten Interpreten in diesem Fall keine Ursache hätten, so gar grosses Gewicht auf den gefassten Beschluss zu legen.

Nach der in der Einleitung zu diesem Werk §. 16 [7]) entwickelten Ansicht hat nun aber kein Beschluss der Conferenz, selbst wenn er innerlich motivirt ist, als Beschluss Bedeutung, sondern es ist lediglich die in dem Gesetzbuch enthaltene Fassung der Interpretation zu Grunde zu legen. §. 12.

Betrachtet man nun die Fassung unserer Bestimmung selbst, so kann zwar nicht in Abrede gestellt werden, dass es auffallend ist, dass in einem und demselben Artikel betreffs der Darlehen, die der Kaufmann empfängt, eine Beziehung derselben zu seinem Handelsbetrieb nicht erwähnt wird, während betreffs der sonstigen Schulden deren Entstehung aus Handelsgeschäften verlangt wird. Allein darin liegt noch keine aus-

6) Protok. S. 1427 bis 1431.
7) Bd. I, S. XLV ff.

Vorbemerkung II. drückliche Erklärung, dass die Darlehen in einem weiteren Umfang aufzufassen seien, als die sonstigen Schulden, und es ist die Möglichkeit der Annahme nicht ausgeschlossen, dass das Darlehen als das hauptsächlichste derjenigen Geschäfte, bei welchen Zinsen verabredet zu werden pflegen, besonders habe hervorgehoben werden sollen, dass aber dabei, wie an anderen Orten des Gesetzbuchs, als selbstverständlich vorausgesetzt worden sei, dass der Kaufmann dasselbe als solcher, d. h. im Betrieb seines Handelsgewerbes aufnehme. Für diese Auffassung spricht aber einestheils, dass, wie aus den obigen Deductionen zur Genüge hervorgehen dürfte, zu einer exceptionellen Behandlung jedes Darlehens einer Person, welche zufällig Kaufmann ist, ein Grund nicht vorliegt, und anderntheils, dass, wenn der Gesetzgeber einen mit dem sonst befolgten Princip im Widerspruch stehenden Satz habe aussprechen wollen, er dies deutlicher hätte thun müssen [8]).

§. 13. Hiernach dürfte als Resultat der vorstehenden Untersuchung sich ergeben, dass, wenn im vierten Buch der Kaufmann erwähnt wird, er immer als solcher, d. h. in Ausübung seines Handelsgewerbes gemeint ist.

Der gewerbemässige Betrieb der Handelsgeschäfte ist nicht Mittel, um die Eigenschaft eines Kaufmanns im Sinne des Handelsgesetzbuches zu erlangen, welche, nachdem sie entstanden, ein selbständiges Dasein hätte, sondern beide Begriffe: „gewerbemässig Handelsgeschäfte betreiben“ und „Kaufmann sein“ decken einander vollständig, sind Ein Begriff, der nur mit verschiedenen Namen ausgedrückt wird. Es kann also jemand nur Kaufmann sein, insofern er gewerbemässig Handelsgeschäfte betreibt.

§. 14. Die vorstehende Untersuchung giebt einen neuen Beleg für die Wichtigkeit der von mir in den Bemerkungen zu Art. 4, §. 6 [9]) aufgestellten Ansicht, dass der Handelsgesellschafter als solcher, d. h. derjenige, welcher nicht noch nebenbei ein eigenes Handelsgewerbe betreibt, nicht Kaufmann im Sinne des Gesetzbuches ist. Soweit die zur Bekämpfung dieser Ansicht [10]) aufgestellten Argumente sich auf die Anwendbarkeit der Artikel des vierten Buches auf die Geschäfte der einzelnen Gesellschafter beziehen, kann daher zur Widerlegung derselben

8) S. o. §. 5.
9) Bd. I, S. 10 f.
10) S. namentlich Goldschmidt, Handbuch Bd. I, §. 43, Note 11. Auerbach, das neue Handelsgesetzbuch S. 28.

auf diese Untersuchung verwiesen werden. Ueber die anderen Argumente erlaube ich mir bei der Wichtigkeit des Gegenstandes Folgendes zu bemerken. **Vorbemerkung II.**

§. 15. Aus Art. 30, Abs. 1 dürfte für unsere Frage gar nichts zu entnehmen sein. Voraussetzung des ersten Satzes ist offenbar, dass das Gewerbe durch einen Einzelkaufmann betrieben werde, Voraussetzung des zweiten, dass eine Handelsgesellschaft es betreibe, für beide Fälle sind Bestimmungen hinsichtlich der Unterzeichnung der Bilanz getroffen.

§. 16. Zur Widerlegung eines von mir aufgestellten Argumentes macht Goldschmidt weiter geltend: „Dass der Commanditist als solcher nicht Kaufmann ist, erklärt sich keineswegs, mit v. Hahn, daraus, dass er nur Mitglied einer Handelsgesellschaft ist, sondern daraus, dass das Handelsgewerbe nicht in seinem Namen betrieben wird.“ Hiergegen beziehe ich mich auf eine Darstellung der Commanditgesellschaft in den Bemerkungen zum zweiten Buch. Die Firma der Commanditgesellschaft, der Gesellschaftsfonds derselben ist allen Gesellschaftern, auch dem Commanditisten gemeinschaftlich. Es wird also auch in ihrem Namen contrahirt. Dass der bürgerliche Name des Commanditisten nicht in der Firma enthalten sein darf, beruht auf einer diese Auffassung nicht berührenden aus Utilitätsrücksichten hervorgegangenen Bestimmung.

§. 17. Bleibt noch das Argument aus Art. 6. Hier ist nun allerdings zuzugeben, dass bei einer lediglich formellen Wortinterpretation der dritte Absatz so aufgelöst werden kann: „eine Frau, welche Handelsgesellschafterin ist, hat in dem Handelsbetriebe alle Rechte und Pflichten eines Kaufmanns“, und ferner: „eine Frau, welche Handelsgesellschafterin ist, kann sich in ihren Handelsgeschäften nicht auf die Rechtswohlthaten der Frauen beziehen.“ Ergo: hat der Handelsgesellschafter als solcher die Rechte und Pflichten eines Kaufmanns und betreibt Handelsgeschäfte. Es wird nun aber wohl schwerlich jemandem, am wenigsten Goldschmidt, in den Sinn kommen, anzunehmen, dass der Gesetzgeber diese Sätze an dieser Stelle durch die gewählte Fassung habe ausdrücken wollen, an dieser Stelle, welche lediglich die Aufgabe hat, zu bestimmen, das Geschlecht begründe keinen Unterschied hinsichtlich der Rechtswirkung der gewerbemässigen Betreibung von Handelsgeschäften und der Eingehung einer Handelsgesellschaft. Ist dies nicht der Fall, so ist die Interpretation gewiss zulässig, dass der Gesetzgeber, indem er in Absatz 3 Zweifel beseitigen wollte, die sich gegen die unbedingte Gleichstellung in einzelnen Fällen erheben könnten, den Gedanken, den er in den beiden ersten Absätzen hatte aussprechen wollen, ohne Rücksicht auf die concrete Formu-

Vorbemerkung II. lirung ins Auge fasste und demgemäss auch die zur Beseitigung der Zweifel dienenden Worte allgemein, aber allerdings dadurch auch incorrect formulirte. Wem jedoch diese Erklärung nicht genügt, den bitte ich dann aber auch die formalistische Erklärung streng durchzuführen und nicht auf halbem Wege stehen zu bleiben. Heisst: „ein Handelsgewerbe in Gemeinschaft mit Anderen betreiben" lediglich eine offene Handelsgesellschaft abschliessen, oder als offener oder persönlich haftender Gesellschafter auftreten? Auch der Commanditist gehört zu den „ein Handelsgewerbe in Gemeinschaft mit Anderen Betreibenden," s. Art. 150. Ergo: auch der Commanditist ist Kaufmann. Man wähle zwischen dieser Consequenz oder meiner Interpretation [11]).

Art. 278.

Art. 278. Bei Beurtheilung und Auslegung der Handelsgeschäfte hat der Richter den Willen der Contrahenten zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.

Preuss. Entwurf Art. 214, Abs. 1. – Entwurf I. Lesung Art. 237, Abs. 1. — Entwurf II. Lesung Art. 261.

Protok. S. 407 f. – 1306 f.

§. 1. Dieser Satz, welchen der preussische Entwurf aufgestellt hatte, weil er dem Bedürfniss des Verkehrs entspreche und im preussischen Recht nicht anerkannt sei [1]), wiederholt lediglich eine (wenigstens in den Län-

[11]) Goldschmidt verfährt ganz consequent, wenn er sagt: „Ob die Verpflichtung zur Buchführung auf denjenigen Gesellschafter Anwendung findet, der für sich nur einzelne Handelsgeschäfte schliesst, ist nicht unzweifelhaft, aber doch richtiger zu bejahen und Art. 34, S. 1 auf ihn anwendbar". Aber ich sollte denken, diese Consequenz allein müsse Bedenken gegen die Richtigkeit der Prämissen erwecken. Man bedenke nur, dass es sich hier auch um nicht geschäftsführende Gesellschafter handelt und dass ein jeder Kauf um zu verkaufen Handelsgeschäft ist.

[1]) Motive S. 104. „Im Civilrecht gilt im Allgemeinen die Interpretationsregel, dass der Sinn jeder ausdrücklichen Willenserklärung nach der gewöhnlichen Bedeutung der gebrauchten Worte und Zeichen zu verstehen sei (vergl. Allgem. Landrecht Thl. I, Tit. 4, §. 65), weil vorauszusetzen ist, dass die Parteien diejenigen Ausdrücke gewählt haben werden, welche ihrer wirklichen Absicht am meisten entsprechen. Im Handelsleben trifft diese Voraussetzung nicht überall zu; die Schnelligkeit des Verkehrs bringt es mit sich, dass bei dem Abschluss der Geschäfte weniger genau auf die Form geachtet werden kann, und dass jeder Theil mehr als sonst der Redlichkeit des anderen vertrauen und erwarten muss, derselbe

dern des gemeinen Rechts) dem allgemeinen bürgerlichen Rechte angehörende Interpretationsregel [2]). **Art. 278.**

Diese Regel wird jedoch keineswegs als die ausschliesslich oder doch an erster Stelle bei der Interpretation der Willenserklärung zur Anwendung kommende bezeichnet. Es bleiben daher alle sonstigen durch das allgemeine bürgerliche Recht anerkannten Interpretationsregeln intact, und die Bestimmung gilt nicht in einem weiteren Umfange, als sie sonst im gemeinen Recht anerkannt ist [3]). Insbesondere kommt also neben, bezüglich vor ihr der Satz, dass nur der erkennbare, bezüglich der erklärte Wille rechtlich in Betracht zu ziehen ist, zur Anwendung. §. 2.

Ist, wie das von dem preussischen und österreichischen Recht behauptet wird, diese Regel im bürgerlichen Recht nicht in demselben Umfange, wie im gemeinen Recht anerkannt, so folgt aus unserem Artikel zwar, dass in den betreffenden Rechtsgebieten jener weitere Umfang anzuerkennen ist, und dass nach Art. 1 die dem allgemeinen bürgerlichen Recht angehörenden Interpretationsregeln, so weit sie mit dem aufgestellten Satz nicht vereinbar sind, modificirt werden, nicht aber, dass diesen Regeln durch Aufstellung des vorliegenden Satzes überhaupt und gänzlich derogirt wird. §. 3.

Der Satz bezieht sich nicht nur auf die obligatorischen Verträge, sondern auf alle Handelsgeschäfte, z. B. auch auf Zahlungen. Dagegen dürfte die Zulässigkeit einer das allgemeine bürgerliche Recht modificirenden (s. §. 3) analogen Anwendung auf Handelssachen im Allgemeinen nicht zu rechtfertigen sein. §. 4.

Art. 279.

In Beziehung auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen. **Art. 279.**

werde sich nicht auf einen nicht ganz sorgfältig gewählten Ausdruck gegen den wahren Sinn des Vertrags berufen. Die im Handel besonders nothwendige Rücksicht auf Treue und Glauben führt dahin, dass bei Beurtheilung der Handelsgeschäfte und Auslegung der Verträge nicht sowohl der buchstäbliche Sinn der Worte als vielmehr das wirklich Gewollte massgebend sein muss." Diese Gründe, sowie die Besorgniss, dass rechtsungelehrte Handelsrichter „zu einer wörtlichen Auslegung der Verträge geneigt seien," bestimmten zur Aufnahme des Satzes.

[2]) In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. L. 219, D. de V. S. (50, 16).

[3]) Bei der Verhandlung wurde auf die Fassung: „nicht zu haften", Gewicht gelegt. Durch diese Worte werde zur Genüge angedeutet, dass der Richter

Art. 279. Preuss. Entwurf Art. 214, Abs. 2. — Entwurf I. Lesung Art. 237, Abs. 2. — Entwurf II. Lesung Art. 262.

Protok. S. 407 f. — 1306.

§. 1. Auch dieser Satz enthält eine dem allgemeinen bürgerlichen Recht angehörende Interpretationsregel: „Um den Willen im einzelnen Fall zu bestimmen, ist der allgemeine Wille im Verkehr nicht ausser Acht zu lassen“ [1]).

§. 2. **Gewohnheiten und Gebräuche** bedeutet hier im Gegensatz zu Art. 1 nicht Gewohnheitsrechtssätze, sondern Handelssitte [2]). Diese ist an sich keine Rechtsnorm, sie kann nur dadurch für Beurtheilung eines Rechtsverhältnisses Bedeutung erlangen, dass der Einzelne mit Bezug auf dieselbe eine Willenserklärung (ausdrücklich oder stillschweigend durch positives Handeln oder durch passives Verhalten) abgegeben hat. Die Bezugnahme erfolgt durch Erwähnung der Sitte als solcher (z. B. „gemäss den Börsenüsancen“) oder durch Gebrauch eines durch die Sitte zum technischen Ausdruck gewordenen Wortes (z. B. „fix“, „wie besehen“) [3]). Ist die Sitte eine allgemeine, so wird die Bezugnahme präsumirt.

§. 3. **Rücksicht zu nehmen,** d. h. als Interpretationsmittel zu benutzen.

Art. 280.

Art. 280. Wenn zwei oder mehrere Personen einem Anderen gegenüber in einem Geschäft, welches auf ihrer Seite ein Handelsgeschäft ist, gemeinschaftlich eine Verpflichtung eingegangen sind, so sind sie als Solidarschuldner zu betrachten, sofern sich nicht aus der Uebereinkunft mit dem Gläubiger das Gegentheil ergiebt.

Preuss. Entwurf Art. 215, Abs. 1. — Entwurf I. Lesung Art. 238. — Entwurf II. Lesung Art. 263.

Protok. S. 408 (495 ff.) 499. — 1307 f.

nicht veranlasst werden sollte, bei ganz unzweifelhaften Ausdrücken immer noch zu forschen, was die eigentliche Meinung der Contrahenten gewesen, sondern dass er nur vor einer allzu pedantischen Auffassung der beiden bei den Verabredungen der Parteien gebrauchten Ausdrücke gewarnt werden solle. Protok. S. 408.

1) Thöl, Handelsrecht Bd. 1, 4. Aufl., §. 62 a. I. (S. 392).

2) S. o. Art. 1, Bemerkungen §. 4.

3) Goldschmidt, Handbuch Bd. I, §. 35, Note 31 und vorher.

Die **Motive** zum preussischen Entwurf sagen: „Das gemeinrechtliche Princip, dass die solidarische Verbindlichkeit mehrerer Mitverpflichteten nicht vermuthet werde, eignet sich nicht für den Handelsverkehr. Dasselbe erschwert die Rechtsverfolgung; der andere Contrahent ist regelmässig gar nicht in der Lage, die Theilnahmerechte der einzelnen seiner Mitcontrahenten zu kennen und noch weniger sie zu beweisen; das Bedürfniss, den Verkehr in dieser Hinsicht zu sichern, führt nothwendig zu dem Grundsatz der Solidarverhaftung, welcher dadurch, dass er die dem Gläubiger zu gewährende Sicherheit erhöht, zugleich wesentlich zur Förderung des Handels beiträgt" (S. 105). **Art. 280. §. 1.**

Aus der Uebereinkunft, nicht: „aus den Worten der Uebereinkunft" [1]. Bei der Beurtheilung dessen, was sich aus der Uebereinkunft ergiebt, sind nicht nur die bei Abschluss des Geschäfts vorgekommenen Aeusserungen (durch Worte oder Thatsachen) in Betracht zu ziehen, sondern auch alle Umstände, welche irgend wie auf die Absicht der Contrahenten Einfluss zu üben geeignet erscheinen. §. 2.

Das Gegentheil, d. h. dass nicht solidarisch gehaftet werden solle. Die Uebereinkunft braucht also nicht darauf gerichtet zu sein, dass die kraft Rechtssatzes eintretende solidarische Haftung ausgeschlossen sein solle, sondern es genügt, wenn aus der Uebereinkunft hervorgeht, dass die Contrahenten von der Ansicht ausgegangen sind, die Schuldner hafteten pro rata. M. a. W. im Zweifel, d. h. wenn aus der Uebereinkunft nicht zu entnehmen ist, ob solidarische Haftung oder Haftung pro rata eintreten solle, wird solidarische Haftung als beabsichtigt angenommen. §. 3.

Man hat hierbei namentlich auch die Veranlassung ins Auge zu fassen, aus welcher mehrere Personen gemeinschaftlich mit einer anderen ein Handelsgeschäft eingehen. Der Umstand, dass die mehreren Personen in Folge einer Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung das Geschäft abschliessen, kommt jedoch hier nicht in Betracht, da in diesem Fall, ohne ausdrücklichen Ausschluss der Solidarität, die Schuldner nach Art. 269 unbedingt Solidarschuldner sind. Abgesehen von diesem Fall kann z. B. bei Kaufgeschäften die Veranlassung dazu, dass mehrere einen Kauf gemeinschaftlich abschliessen, §. 4.

[1] Anders das preussische Landrecht (Thl. I, Tit. 5, §. 424), welches ausdrückliche Verabredung des Gegentheils verlangt. Die Motive zum preuss. Entwurf sagen (S. 105): „Der Entwurf hat deshalb die Vorschrift des allgemeinen Landrechts beibehalten, mit der auf Art. 214 (dem Art. 278 und 279 des Handelsgesetzbuchs) beruhenden Massgabe, dass es zur Ausschliessung der solidarischen Verbindlichkeit nicht einer ausdrücklichen Verabredung des Gegentheils bedarf, sondern genügt, wenn dasselbe aus der Uebereinkunft hervorgeht."

Art. 280. darin liegen, dass der Verkäufer die zusammengehörige Partie Waaren, z. B. eine Schiffsladung, nicht theilen will, dass er nicht unter einer gewissen Quantität abgiebt, oder dass er bei Abnahme der ganzen Partie oder einer grösseren Quantität vortheilhaftere Bedingungen gewährt. Er kann hierbei von dem Motiv geleitet sein, dass er die mit einer Theilung oder mit der Abgabe kleinerer Partien verbundene Mühe (Abwägung, Verpackung, Versendung, Aufspeicherung, Verzollung) nicht aufwenden und die dadurch verursachten Verluste und grösseren Unkosten nicht tragen und nicht riskiren will, kleinere Posten auf Lager zu behalten, oder dass er sich, wenn er die Mühe und Kosten aufwendet und die Verluste riskirt, dafür eine Entschädigung berechnet.

Dem Verfahren des Verkäufers kann freilich auch die Absicht zu Grunde liegen, der Unannehmlichkeit zu entgehen, seine Forderung gegen mehrere Schuldner geltend machen zu müssen.

§. 5. Ergiebt sich nun aus den Umständen, dass eines oder mehrere jener Motive den Verkäufer ausschliesslich geleitet haben, so wird die Absicht, die Käufer solidarisch zu obligiren, nicht anzunehmen sein. Dass aber jene Motive ausschliesslich vorliegen, kann aus den Vorverhandlungen erkannt werden. So kann [2]) z. B. aus dem Umstande, dass die den einzelnen Käufer treffenden Theile des Kaufpreises genau angegeben und berechnet sind, auf die Absicht, Ratenzahlung eintreten zu lassen, geschlossen werden, namentlich wenn das Ratenverhältniss dem Gläubiger bekannt ist oder bekannt gemacht wird. Ferner wird die Verabredung über die Beschaffung der Zahlung wichtig sein. Hat z. B. jeder der Schuldner für eine Theilzahlung einen Wechsel ausgestellt, so wird meist auf verabredete Ratenhaftung zu schliessen sein, ebenso wenn der Gläubiger in seinen Büchern jeden Schuldner für einen Theil belastet.

§. 6. In Fällen, in welchen der Grund des gemeinschaftlichen Abschlusses des Handelsgeschäfts nicht in den dadurch erreichten besseren Vertragsbedingungen zu suchen ist, sondern aus anderen, die Person des Gläubigers gar nicht berührenden Gründen beliebt wurde, z. B. zur Ersparung von Stempel, Zoll, Transportspesen u. s. w., wird ebenfalls regelmässig die Absicht, solidarische Haftung herbeizuführen, nicht angenommen werden können.

§. 7. Ob die Verpflichteten in Person oder durch einzelne Bevollmächtigte als Contrahenten auftreten, oder ob einer in eigenem Namen und im

[2]) An sich ist dadurch, dass dem Gläubiger die auf die einzelnen Schuldner fallenden Raten bekannt sind, die Möglichkeit solidarischer Verpflichtung noch nicht ausgeschlossen.

Namen der anderen contrahirt, oder ob durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten [3]) abgeschlossen wird, ist völlig gleichgültig. Das Contrahiren lediglich für Rechnung verschiedener Auftraggeber (also nicht auch in deren Namen), bezüglich für eigene und fremde Rechnung kommt hier selbstverständlich nicht in Betracht, da überhaupt derjenige, für dessen Rechnung contrahirt wird, dadurch allein nicht Contrahent wird (s. o. Bemerkungen zu Art. 112, §. 1). Art. 280.

Der Artikel findet auch Anwendung auf eine Verpflichtung aus einer negotiorum gestio, sobald diese Handelsgeschäft ist. §. 8.

Art. 281.

Bei Handelsgeschäften, ingleichen in allen Fällen, in welchen in diesem Gesetzbuche eine solidarische Verpflichtung auferlegt wird, steht einem Solidarschuldner die Einrede der Theilung oder der Vorausklage nicht zu. Art. 281.

Dasselbe gilt von Bürgen, wenn die Schuld aus einem Handelsgeschäft auf Seiten des Hauptschuldners hervorgeht, oder wenn die Bürgschaft selbst ein Handelsgeschäft ist.

Preuss. Entwurf Art. 215, Abs. 2. — Entwurf I. Lesung Art. 239. — Entwurf II. Lesung Art. 264.
Protok. S. 408. 499 f. — 1308. 1419. — 4560. 5066.

Absatz 1. Die Motive zum preussischen Entwurf (S. 105) sagen: „Die praktische Bedeutung der solidarischen Verhaftung liegt hauptsächlich in der Sicherheit und Bequemlichkeit der Rechtsverfolgung, welche dem Gläubiger dadurch gewährt wird, dass er aus mehreren Schuldnern denjenigen auswählen kann, gegen dessen Zahlungsfähigkeit die wenigsten Zweifel vorhanden sind, und dass er durch eine Klage sein ganzes Interesse zu erhalten im Stande ist, während er bei einem getheilten Schuldverhältniss die einzelnen, vielleicht zerstreut wohnenden Schuldner jeden auf seinen Antheil belangen müsste und durch die Zahlungsunfähig- §. 1.

[3]) Nicht entgegen steht die im römischen Recht anerkannte solidarische Haftung der mehreren Präponenten eines Institor. Die Aufstellung eines gemeinschaftlichen Bevollmächtigten kann jedoch ein Moment abgeben, aus welchem auf die Absicht, solidarisch haften zu wollen, geschlossen werden kann.

Art. 281. keit auch nur eines derselben wenigstens theilweise von Verlust betroffen werden würde. Diese Vortheile der Solidarverhaftung würden aber fast gänzlich wieder aufgehoben werden, wenn man den Solidarschuldnern die Einrede der Theilung oder der Vorausklage zugestehen wollte. Das Allgemeine Landrecht (Thl. I, Tit. 5, §. 430 ff.) und das französische Recht (Code Napoléon Art. 1203) setzen ausdrücklich die Unzulässigkeit dieser Einreden fest. Da aber im gemeinen Recht hierüber wegen der streitigen Auslegung der Novelle 99 Zweifel bestehen, so schien eine gesetzliche Bestimmung, wie sie der Entwurf enthält, geboten."

§. 2. **Bei Handelsgeschäften.** Die Bestimmung des Artikels bezieht sich nicht nur auf die in Art. 280 behandelten solidarischen Verpflichtungen, sondern auf alle aus einem Rechtsgeschäft, welches Handelsgeschäft, wenn auch nur auf Seiten des Gläubigers ist, hervorgegangenen. Vgl. Art. 277. Protok. S. 499. 1308. 1419.

§. 3. **Ingleichen** u. s. w. Der preussische Entwurf spricht nur von Solidarschuldnern aus Handelsgeschäften (vergl. Protok. S. 499). In zweiter Lesung wurde der Artikel auf alle Solidarverbindlichkeiten erstreckt, welche das Handelsgesetzbuch erwähnt, auch wenn sie nicht aus Handelsgeschäften entstehen. Protok. S. 1308, 1419. Es ist dies z. B. für die solidarische Verpflichtung der Handelsgesellschafter (Art. 112), welche ja nicht bloss aus Handelsgeschäften hervorgeht, von Bedeutung. S. ferner Art. 173, Abs. 2. 178. 204. 211. 241, Abs. 2. 245, Abs. 4. 247, Nr. 3. 248, Abs. 3. 257. 401. 429.

§. 4. In zweiter Lesung wurde „der Antrag, den Zusatz aufzunehmen: „„Die in diesem Gesetz erwähnten Solidarschuldner haften einer für alle und alle für einen,"" um hiermit auszudrücken, dass die Solidarschuldner im Sinne des Handelsgesetzbuchs als Correalschuldner zu betrachten seien, abgelehnt, da man die mit diesem Antrag angeregte Frage als eine rein doctrinäre im Gesetz zu berühren nicht für gut fand, zumal selbst die Doctrin über dieselbe noch nicht völlig ins Reine gekommen zu sein scheine und für manche Particularrechte (z. B. das Allgemeine preussische Landrecht, das rheinische und das österreichische Recht) die Frage überhaupt nicht von Interesse sei." Protok. S. 1308.

§. 5. **Absatz 2.** Der preussische Entwurf hatte die Einrede der Theilung und der Vorausklage nur „dem Bürgen für eine Verpflichtung aus Handelsgeschäften" versagt, jedoch sollte der Bürge „verlangen können, dass der Gläubiger die Aufforderung des Hauptschuldners zur Erfüllung nachweist." In erster Lesung wurde die letzte Bestimmung gestrichen, da „aus derselben eine beträchtliche Belästigung des Gläubigers entstehen" könne und „in manchen Fällen es sogar der Natur des Vertrags

widersprechen würde, wenn man eine vorhergehende Aufforderung des Schuldners zur Zahlung und deren Nachweis oder nur einen Versuch derselben verlangen wolle, z. B. wenn sich jemand für einen Americaner verbürgt habe, dass derselbe seinem hamburgischen Gläubiger bis zu einem gewissen Tage Rimessen machen werde." Protok. S. 500. **Art. 281.**

In zweiter Lesung wurde die Bestimmung auch auf diejenige Bürgschaft, welche selbst Handelsgeschäft ist, „auf die eigentlich kaufmännischen Formen der Bürgschaft, als das del credere stehen und das Creditmandat", wie es in den Protokollen (S. 1308) heisst, ausgedehnt.

Durch die sich schon im Entwurf zweiter Lesung vorfindende Fassung: §. 6
„wenn die Schuld aus einem Handelsgeschäft auf Seiten des Hauptschuldners hervorgeht", ist die Verbürgung für ein Geschäft, welches lediglich auf Seiten des Gläubigers ein Handelsgeschäft ist, von der Bestimmung des Artikels ausgeschlossen. Der preussische Entwurf und der Entwurf erster Lesung lauten übereinstimmend: „Dasselbe gilt von einem Bürgen für eine Verpflichtung aus Handelsgeschäften." Ausdrücklich beschlossen wurde die einschränkende Fassung des Gesetzes nicht. Trotzdem erscheint die Annahme unzulässig, als sollte mit den Worten: „auf Seiten des Hauptschuldners" auf den Gegensatz zu dem folgenden Satz: „oder wenn die Bürgschaft selbst ein Handelsgeschäft ist", gedeutet werden.

Art. 282.

Wer aus einem Geschäft, welches auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, einem Anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist, muss die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anwenden. **Art. 282.**

Preuss. Entwurf Art. 216, Abs. 1. — Entwurf I. Lesung Art. 240. — Entwurf II. Lesung Art. 265.
Protok. S. 409. — 1308. — 5066.

Der Artikel enthält eine doppelte Bestimmung: §. 1.

1. Wer ein Geschäft, welches auf seiner Seite Handelsgeschäft ist, zu erfüllen hat, haftet für omnis culpa, für jedes Versehen.

2. Ein Versehen liegt dann (d. h. dann immer, aber auch nur dann) vor, wenn nicht diejenige Sorgfalt angewendet wurde, welche von einer Person, die diejenige Art von Handelsgeschäften, zu welchen das fragliche Geschäft gehört, gewerbemässig betreibt, erwartet werden darf.

Art. 282. Der erste Satz modificirt das gemeine Recht insofern, als in keinem Fall bloss für culpa lata gehaftet wird. Dies wird wichtig bei dem Depositum, sobald dasselbe auf Seiten des Depositars Handelsgeschäft ist, was es auch als unentgeltliches sein kann.

Der zweite Satz präcisirt den Begriff des bonus pater familias.

§. 2. **Ordentlicher Kaufmann.** Bei der weiten Fassung des Begriffs des Kaufmanns in dem Handelsgesetzbuch (auch der Frachtführer, der Handwerker, der Schenkwirth ist Kaufmann) ist die Art und Weise des betreffenden Gewerbebetriebes eine so unendlich verschiedene, und die zum Betriebe der einzelnen Handelsgeschäfte erforderliche technische Ausbildung eine so sehr mannigfaltige, dass es geradezu unmöglich ist, ein bestimmtes Mass der Sorgfalt als ein dem Kaufmann als solchem zukommendes zu erklären, dass vielmehr ein solches nur für einzelne Arten des kaufmännischen Betriebes aufgestellt werden kann. Das Gesetzbuch konnte daher auch nur in dem letzteren Sinne die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auffassen [1]). Eine Interpretation dieses Begriffes, nicht eine anderweite Feststellung ist in denjenigen Bestimmungen des Gesetzes enthalten, wo von der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers (Art. 397, 399) und eines ordentlichen Rheders (Art. 464) [2]), gesprochen wird.

Eine Präcisirung des Begriffs eines bonus pater familias nach einer anderen Richtung hin enthält die Feststellung der Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers (Art. 478). Protok. S. 1928.

§. 3. Anwendungen des Artikels im Einzelnen enthalten die Artikel 361, 367, 380 (387).

Ausgedehnt ist die Bestimmung des Art. 282 auch auf solche Per-

[1]) Protok. S. 1309: „Als von einem Mitglied im Hinblick darauf, dass Handelsgeschäfte auch von Nichtkaufleuten (soll heissen: von solchen Personen, welche nach dem Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens nicht Kaufleute genannt werden), z. B. von gewöhnlichen Fuhrleuten abgeschlossen werden können, die Worte: „„Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns““, beanstandet wurden, ward zu deren Erläuterung hervorgehoben, es handle sich hier nicht durchweg von der Sorgfalt desjenigen, den man im gewöhnlichen Leben einen Kaufmann von höherer Bildung zu nennen pflege, sondern von der Sorgfalt eines ordentlichen Gewerbsmannes von dem Stand und Gewerbe, welchen die jeweils in Frage stehende Person angehöre. Der Ausdruck „„Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns““ repräsentire demnach für das Handelsrecht einen technischen Begriff, ähnlich der „„Sorgfalt des diligens pater familias““ im gewöhnlichen Civilrecht.“

[2]) In erster Lesung des Seerechts wurde der Satz angenommen: „Der Correspondentrheder ist verpflichtet, in den Angelegenheiten der Rhederei den Fleiss und die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden. Protok. S. 1535 f. Entwurf I. Lesung Art. 412. In zweiter Lesung wurde der Ausdruck: „ordentlicher Kaufmann“ in „ordentlicher Rheder“ verwandelt. Protok. S. 3719.

sonen, bei welchen die Verpflichtung zur Sorgfalt aus einem Geschäft hervorgeht, welches auf ihrer Seite kein Handelsgeschäft ist, in Art. 344 und Art. 464, während Art. 343, Abs. 1 und Art. 348, Abs. 1 eine solche Ausdehnung nicht enthält. Protok. S. 1373. Vergl. Monitum (zur dritten Lesung) Nr. 275 und Darstellung des Referenten etc., dazu S. 79, sowie Protok. S. 5066. **Art. 282.**

Ueber die von dem geschäftsführenden Gesellschafter und dem Liquidator zu prästirende Diligenz vergl. Art. 94 und Bemerkung dazu §. 3. Art. 157, 158 und Bemerkung dazu §. 3. Art. 144 und Bemerkung dazu §. 2. I. §. 4.

Art. 283.

Wer Schadensersatz zu fordern hat, kann die Erstattung des wirklichen Schadens und des entgangenen Gewinnes verlangen. **Art. 283.**

Preuss. Entwurf Art. 216, Abs. 2. — Entwurf I. Lesung Art. 241. — Entwurf II. Lesung Art. 266.

Protok. S. 409. 1309.

Der Artikel kommt zur Anwendung, wenn die Verpflichtung zum Schadensersatz aus einem Geschäft hervorgeht, welches auf Seite entweder des Berechtigten oder des Verpflichteten ein Handelsgeschäft ist. §. 1.

Würde die Bestimmung des Artikels in einem speciellen Landesgesetz oder in einem für die Länder gemeinen Rechts allein erlassenen Gesetz sich finden, so könnte über ihre Bedeutung und namentlich ihr Verhältniss zum bisherigen Recht deswegen Zweifel entstehen, weil man nicht leicht annehmen wird, dass ein neues Gesetz einen bisher schon anerkannten Rechtssatz ohne besondere Veranlassung einfach zu wiederholen beabsichtige. Berücksichtigt man aber, dass das Gesetzbuch auch für solche Länder gegeben ist, in deren Legislation der aufgestellte Grundsatz keineswegs allgemein anerkannt und namentlich der entgangene Gewinn in der Regel nur „in dem Fall eines aus böser Absicht oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens“ [1]) ersetzt wird, so erscheint es nicht auffallend, dass eine dem gemeinen Recht angehörende Bestimmung in ihrer Allgemeinheit im Gesetz ausgesprochen wird.

[1]) Oesterreichisches Gesetzbuch §. 1324, vergl. §. 1323. Preussisches Landrecht Thl. I, Tit. 5, §. 288, Tit. 6, §. 10 — 12.

Art. 283. Die Absicht, die entgegenstehenden Bestimmungen jener Rechte für das Gebiet des Handelsgesetzbuchs aufzuheben, ist ersichtlich [2]. Daraus folgt aber auch, dass durch diese allgemeinen Bestimmungen an den sonstigen Grundsätzen des gemeinen Rechts über Schadenersatz nichts geändert ist, dass also z. B. nur der unmittelbare Schaden in Betracht kommt, dass die Bestimmung, dass dies Interesse nicht das Doppelte des verum pretium übersteigen dürfe, nicht aufgehoben ist u. s. w.

§. 2. Ueber den Beweis des entgangenen Gewinnes enthält das Gesetzbuch keine Bestimmungen. Dass dieser bei Handelsgeschäften regelmässig leichter erbracht werden kann, als bei anderen Geschäften, liegt in dem Wesen des Handelsverkehrs [3].

Besondere Bestimmungen über Schadenersatz enthalten die Art. 357 Abs. 3. — 396, 612 ff.

Art. 284.

Art. 284. Die Conventionalstrafe unterliegt keiner Beschränkung in Ansehung des Betrages; sie kann das Doppelte des Interesses übersteigen.

Der Schuldner ist im Zweifel nicht berechtigt, sich durch Erlegung der Conventionalstrafe von der Erfüllung zu befreien.

[2] Motive zum preuss. Entwurf (S. 106): „Dass der zu leistende Schadenersatz bei Handelsgeschäften stets auch die Erstattung des entgangenen Gewinnes umfasst, entspricht der Natur der Sache und stimmt mit den Grundsätzen des gemeinen und des französischen Rechts überein. Der entgangene Gewinn ist immer ein Verlust, den der eine Theil erleidet; schon die Consequenz erfordert, dass da, wo das Gesetz eine Verpflichtung zum Schadenersatz anerkennt, der entstandene Verlust nicht theilweise, sondern vollständig vergütet wird. Ueberdies wird bei allen Handelsgeschäften Gewinn beabsichtigt; der Gewinn bildet den regelmässigen Erwerb der Handeltreibenden, und es wird derselbe stets im Voraus nach Massgabe der bestehenden Conjuncturen in Berechnung gezogen. Die Vereitlung dieses Gewinns steht im Handel mit dem positiven Vermögensverlust auf gleicher Linie. Hierzu kommt, dass die Beantwortung der Frage, was als wirklicher Schaden und was als entgangener Gewinn anzusehen sei, im Einzelnen und vorzugsweise bei Handelsgeschäften höchst zweifelhaft ist und erfahrungsmässig zu entgegengesetzten Entscheidungen geführt hat. Aus diesen Gründen ist der Entwurf von den Bestimmungen des allgemeinen Landrechts abgegangen, wonach der Schuldige in der Regel nur zum Ersatz des wirklichen Schadens und nur bei vorhandenem Vorsatz oder grobem Versehen zur Erstattung des entgangenen Gewinnes verpflichtet sein soll."

[3] Erkenntniss des Handels-Appellationsgerichts zu Nürnberg (bei Busch, Archiv Bd. III, S. 126): „Ein Handelsmann ist nicht verpflichtet, zur Begründung seiner Ersatzforderung erst noch nachzuweisen, dass und an wen er die von ihm bestellten, aber ihm nicht gelieferten Waaren wirklich weiter verkauft hätte; vielmehr würde es Sache des Gegners sein, Thatsachen aufzuführen und zu beweisen, durch welche dieser Weiterverschleiss unmöglich erschiene."

Die Verabredung einer Conventionalstrafe schliesst im Zweifel den Anspruch auf einen den Betrag derselben übersteigenden Schadensersatz nicht aus. **Art. 284.**

Preuss. Entwurf Art. 217. — Entwurf I. Lesung Art. 242. — Entwurf II. Lesung Art. 267.

Protok. S. 409 bis 412. — 1310 bis 1313.

Absatz 1. Das preussische Landrecht (Thl. I, Tit. 5, §. 301) bestimmt, dass die Conventionalstrafe nur bis zum „doppelten Betrag des wirklich auszumittelnden Interesse" gerichtlich geltend gemacht werden kann. Nach dem österreichischen Gesetzbuch (§. 1336) ist der verabredete „Vergütungsbetrag, wenn er von dem Schuldner als übermässig erwiesen wird, von dem Richter zu mässigen". Gegen diese Beschränkungen ist die dem gemeinen Recht entsprechende Bestimmung des Absatz 1 gerichtet [1]). §. 1.

Die allgemeine Bestimmung dieses Absatzes derogirt nicht den als Consequenzen der Zinsverbote erscheinenden besonderen Bestimmungen des gemeinen Rechts und der Landesrechte über Beschränkung der Höhe der Conventionalstrafe bei Darlehen. Diese Beschränkungen fallen jedoch mit Aufhebung der Zinsverbote. Gegenüber Kaufleuten sind sie durch Art. 292, Abs. 2 beseitigt. §. 2.

Absatz 2. Ist einem Handelsgeschäft für den Fall der Nichterfüllung desselben die Verabredung einer Leistung beigefügt, so kann die Absicht der Contrahenten entweder die sein, dass der Schuldner die Wahl haben solle, ob er das Handelsgeschäft erfüllen oder die besonders verabredete Leistung gewähren wolle, oder die, dass die Verpflichtung des Schuldners zur Erfüllung des Handelsgeschäfts dadurch nicht berührt werde, für den Fall der Nichterfüllung aber oder der nicht rechtzeitigen oder sonst nicht gehörigen Erfüllung der Gläubiger [2]) befugt sei, die besondere §. 3.

[1]) Die Motive zum preussischen Entwurf (S. 107) rechtfertigen die Abweichung vom Landrecht aus folgenden Gründen: „Bezüglich der Verbindlichkeiten aus Handelsgeschäften kann eine solche Beschränkung nicht für angemessen erachtet werden. Bei letzteren ist das Interesse, welches der Gläubiger an der gehörigen Erfüllung hat, in der Regel nicht so einfach, wie bei gewöhnlichen Verbindlichkeiten des Civilrechts. Häufig hängt von der gehörigen Erfüllung die Ausführung und der Erfolg anderweiter Unternehmungen des Gläubigers ab, so dass diesem daran gelegen sein muss, sich jene Erfüllung durch Festsetzung einer hohen Conventionalstrafe möglichst zu sichern; die Ermittlung des Interesses würde nicht selten zu verwickelten Processen und zu einem nachtheiligen Eindringen in die Handelsgeheimnisse führen."

[2]) S. u. §. 5.

Art. 284. Leistung zu verlangen. Das Gesetz bestimmt, dass, wenn Zweifel über die Absicht der Contrahenten obwalten, die zuletzt erwähnte Absicht anzunehmen sei, m. a. W., dass die verabredete Leistung im Zweifel nicht als Reugeld, sondern als Conventionalstrafe aufzufassen sei [3]).

§. 4. **Absatz 3** spricht von dem Fall, in welchem der Gläubiger wegen nicht oder nicht gehörig oder nicht rechtzeitig erfolgter Leistung Schadenersatz zu fordern berechtigt ist. Ist eine Conventionalstrafe ausgemacht, so kann es fraglich sein, ob dieselbe lediglich zum Vortheil des Gläubigers in der Art festgesetzt sei, dass dieser die Strafe als den Minimalbetrag seines Schadens auch ohne besondere Nachweisung desselben fordern kann, nicht aber gehindert ist, statt der Conventionalstrafe den Ersatz des Schadens in seinem vollen Umfange zu verlangen, oder ob der eventuelle Schaden im Interesse beider Theile im Voraus taxirt sein soll, so dass nur die Strafe, nicht aber der weiter gehende erweisliche Schaden gefordert werden kann [4]). Absatz 3 bestimmt nun, dass die Festsetzung der Conventionalstrafe im Zweifel [5]) im ersteren Sinne zu interpretiren sei [6]): „Auf einen den Betrag derselben übersteigenden Schadenersatz“ d. h. auf den Ersatz des wirklichen Schadens, soweit dieser den Betrag der Conventionalstrafe übersteigt.

§. 5. Ob und unter welchen Voraussetzungen Schadenersatz und folgeweise auch Conventionalstrafe, und ob dieselbe neben der Erfüllung verlangt werden könne (also namentlich wegen verspäteter oder sonst nicht gehöriger Erfüllung), bestimmt der Artikel nicht. Wichtig wird für diese Frage namentlich die Untersuchung, ob die Conventionalstrafe das Interesse, bezüglich das Minimalinteresse der Erfüllung selbst oder das der Rechtzeitigkeit der Erfüllung repräsentiren soll. Betreffs des Kaufs wird diese Frage behandelt in Art. 354 bis 357.

[3]) Im Entwurf erster Lesung war der Satz einem Beschluss (Protok. S. 412) gemäss so gefasst: „Die Verabredung einer Conventionalstrafe gilt im Zweifel nicht als Verabredung eines Reugeldes.“ Diese Fassung wurde in zweiter Lesung deswegen beseitigt, weil unter Reugeld gewöhnlich nur die bei Abschluss des Vertrags gegebene Summe, gegen deren Aufopferung man von dem Vertrag abgehen könne (die s. g. arrha poenitentialis) verstanden werde (Protok. S. 1311).

[4]) Dies bestimmt das preussische Landrecht (Thl. I, Tit. 5, §. 293).

[5]) Stubenrauch in seinem Handbuch des österreichichen Handelsrechts §. 512, Nr. 4 (S. 376) sagt: „im Zweifel, d. h. wenn nichts Anderes bedungen wurde“. Dies kann zu der irrthümlichen Auffassung führen, als könnte die Conventionalstrafe als Taxirung des gesammten Interesse nur dann gelten, wenn die Parteien dies erklärt hätten. Es kann jedoch die hierauf gerichtete Absicht der Parteien auch aus den Umständen erkannt werden und ist auch dann massgebend.

[6]) Eine Anwendung dieses Satzes enthält Art. 398.

Art. 285.

Die Daraufgabe (Arrha) gilt nur dann als Reugeld, wenn dies vereinbart oder ortsgebräuchlich ist. **Art. 285.**

Sie ist, wenn nichts Anderes vereinbart oder ortsgebräuchlich ist, zurückzugeben oder in Anrechnung zu bringen.

Preuss. Entwurf Art. 218. — Entwurf I. Lesung Art. 243. — Entwurf II. Lesung Art. 268.

Protok. S. 414 f. — 1313.

Absatz 1. Die Bestimmung entspricht dem gemeinen Recht, dem preussischen (Landrecht Thl. I, Tit. 5, §. 212) und dem österreichischen Recht (Gesetzbuch §. 908), nicht aber dem französischen Recht (Code Napoléon Art. 1590). §. 1.

Absatz 2. Die Arrha wird nicht als eine selbständige Leistung angesehen, die neben der vertragsmässigen hergeht. Ist ihr Object mit dem des Vertrags gleichförmig, so erscheint jenes als ein Theil dieses, wird also in die Erfüllung eingerechnet. Sind die beiden Objecte gleichförmig, so wird die Arrha nach erfolgter Erfüllung des Vertrags zurückgegeben. Von dem Schicksal der Arrha im Fall der Nichterfüllung des Vertrags spricht der Artikel nicht, es kommen in diesem Fall die allgemeinen Grundsätze des betreffenden Civilrechts zur Anwendung. §. 2.

Selbstverständlich können die Parteien den festgestellten Charakter der Arrha modificiren. Aber das Gesetz erkennt auch jede anderweite an einem Orte gäng und gebe Auffassung an und wahrt die Geltung betreffender localer Gewohnheitsrechtssätze.

Art. 286.

Wegen übermässiger Verletzung, insbesondere wegen Verletzung über die Hälfte, können Handelsgeschäfte nicht angefochten werden. **Art. 286.**

Preuss. Entwurf Art. 219. — Entwurf I. Lesung Art. 244. — Entwurf II. Lesung Art. 269.

Protok. S. 416. — 1313 f.

Art. 287.

Art. 287. Die Höhe der gesetzlichen Zinsen, insbesondere auch der Verzugszinsen, ist bei Handelsgeschäften Sechs vom Hundert jährlich.

In allen Fällen, in welchen in diesem Gesetzbuche die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen ohne Bestimmung der Höhe ausgesprochen wird, sind darunter Zinsen zu Sechs vom Hundert jährlich zu verstehen.

Preuss. Entwurf Art. 221, Abs. 1. — Entwurf II. Lesung Art. 245. — Entwurf II. Lesung Art. 270.

Protok. S. 420. — 1314. 1319.

Absatz 2 kommt insbesondere zur Anwendung in den Fällen der Artikel 93, 95, 220, 268, 467. — Zinsen von bestimmter Höhe setzen fest die Artikel 106 und 161.

Art. 288.

Art. 288. Wer aus einem Geschäft, welches auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, eine fällige Forderung hat, kann wegen derselben vom Tage der Mahnung an Zinsen fordern, sofern er nicht nach dem bürgerlichen Recht schon von einem früheren Zeitpunkt an Zinsen zu fordern berechtigt ist.

Die Uebersendung der Rechnung gilt für sich allein nicht als Mahnung.

Preuss. Entwurf Art. 222, Abs. 2. — Entwurf I. Lesung Art. 247, Abs. 2. 3. Entwurf II. Lesung Art. 271.

Protok. S. 420 bis 423. — 1315 bis 1317.

Während der preuss. Entwurf [1]) eine gesetzliche Bestimmung darüber geben wollte, „von welchem Zeitpunkte ab (allerdings nur) Kaufleute aus Handelsgeschäften Nichtkaufleuten gegenüber Verzugszinsen

[1]) Abs. 2 des Art. 222 des preussischen Entwurfs (Abs. 1 ist in Art. 289 übergegangen) lautet: „Sie (d. i. Kaufleute) können wegen verfallener Forderungen aus Handelsgeschäften gegen Nichtkaufleute vom Tage der Mahnung Verzugszinsen fordern“.

beanspruchen könnten" (Motive S. 110) und den Grundsatz, dies interpellat pro homine, ausschloss[2]), enthält der erste Absatz unseres Artikels die für das Gebiet des gemeinen, des preussischen und des österreichischen Rechts selbstverständliche Bestimmung, dass, wenn nicht früher, so doch mindestens von der Mahnung an, Verzugszinsen zu laufen anfangen, und er hat nur die Bedeutung, diesen Satz auch für die Länder des französischen Rechts zur Anerkennung zu bringen. Art. 288.

Art. 289.

Kaufleute unter einander sind berechtigt, in beiderseitigen Handelsgeschäften auch ohne Verabredung oder Mahnung von jeder Forderung seit dem Tage, an welchem sie fällig war, Zinsen zu fordern. Art. 289.

Preuss. Entwurf Art. 222, Abs. 1. — Entwurf I. Lesung Art. 247, Abs. 1. — Entwurf II. Lesung Art. 272.

Protok. S. 420 bis 423. — 1315 bis 1317.

§. 1. Wiewohl es scheinen könnte, als sei die Untersuchung, welche Natur die in dem vorliegenden Artikel erwähnten Zinsen haben, ob sie als Vergütung für die Benutzung eines Capitals[1]), oder als Ersatz des Schadens, welchen der Gläubiger durch die nicht rechtzeitige Erfüllung einer Forderung erleidet — Verzugszinsen — aufzufassen seien, deswegen müssig, weil ja die Zinsen jedenfalls aus dem Gesetz geschuldet würden und dieses sowohl ihre Höhe, als auch die Zeit ihres

[2]) Koch (in seinem Commentar zu diesem Artikel) hat sich hierdurch verführen lassen, den Ausschluss dieses Satzes auch im Gesetzbuch zu finden, ohne den Satz: „sofern u. s. w." nur einer Erklärung zu würdigen.

Makower (in der zweiten Auflage seines Commentars) nimmt an, der Artikel handle gar nicht von Forderungen mit bestimmtem Verfalltag. Hinsichtlich dieser bewende es daher bei der Regel, dies interpellat pro homine. In den Satz: „sofern er nicht u. s. w." interpretirt er die Worte: „aus einem andern Rechtsgrund, als dem des Verzugs" hinein. Diese an sich willkürliche Interpretation wird auch nicht etwa durch das beigebrachte Citat der Protokolle S. 421 gerechtfertigt. Der Satz: „insofern u. s. w." wurde nicht auf die in erster Lesung gemachte Bemerkung, dass „es noch andere gesetzliche Gründe der Zinspflicht gebe, als den Verzug, so dass es nothwendig sei, diese ausdrücklich zu salviren" (Protok. S. 421) in das Gesetz aufgenommen, sondern erst in zweiter Lesung auf die von der Versammlung gebilligte Bemerkung, dass kein Grund vorhanden sei, die Regel, dies interpellat pro homine, auszuschliessen, Protok. S. 1316 f.

[1]) In den Protokollen (S. 1316) wird dafür die Bezeichnung stillschweigend versprochene Conventionalzinsen gebraucht.

Art. 289. §. 1. Eintritts festsetze, so ist diese Untersuchung doch aus zwei Gründen von Bedeutung.

1) Fasst man die Zinsen im ersteren Sinne auf, so muss man, da das Gesetz ausnahmslos von „jeder Forderung“ spricht, auch bei Forderungen aus Ordre- und Inhaberpapieren [2]) den Zinsenlauf von dem Verfalltag an beginnen lassen, ganz ohne Rücksicht darauf, ob dieselben zur Zahlung präsentirt worden sind oder nicht. Man hat hiergegen bei den Verhandlungen erwidert, befinde sich der Gläubiger in mora accipiendi, so verstehe sich von selbst, dass der Artikel keine Anwendung leiden könne [3]). Dies ist unzweifelhaft richtig; die mora accipiendi schliesst den Anspruch auf Zinsen aller Art, selbst auf ausdrücklich versprochene Conventionalzinsen aus. Aber dadurch allein, dass der Inhaber ein Ordre- oder Inhaberpapier dem Verpflichteten nicht am Verfalltag präsentirt, ist er noch nicht in mora accipiendi versetzt [4]) und der Verpflichtete wird auch nur selten die nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder specieller Vorschrift [5]) erforderlichen Schritte diese Mora herbeizuführen machen. — Ferner würde es eine völlig willkürliche Annahme sein, wollte man bei Obligationen aus Ordre- oder Inhaberpapieren zwischen dem Verfalltag und dem Tag der Fälligkeit im Sinne dieses Artikels unterscheiden. — Sind dagegen die Zinsen als Verzugszinsen aufzufassen, so hat der Artikel nur die Bedeutung, den Grundsatz: dies interpellat pro homine, in dem weitesten Sinne zur Anerkennung zu bringen. Im Uebrigen bleiben die allgemeinen Grundsätze über Verzugszinsen unberührt. Nun liegt es aber in dem Wesen jener Papiere, dass der Schuldner, welcher die Forderung nur dann zu zahlen braucht, wenn er das Papier zurückerhält (oder das Amortisationsverfahren eingeleitet ist), so lange dies nicht geschieht, schlechterdings nicht als moros angesehen werden kann, dass also Verzugszinsen nur vom Tag der Präsentation zur Zahlung an gefordert werden können.

2) Unzweifelhaft ist, dass wenn für eine verzinsliche Forderung ein niedrigerer Zinsfuss, als der der Verzugszinsen stipulirt war, doch mit dem Eintritt des Verzugs diese höheren Zinsen geschuldet werden. Spricht also unser Artikel von Verzugszinsen, so ist ein Kaufmann, wel-

[2]) Voraussetzung ist natürlich, dass diese Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften zwischen Kaufleuten entspringen. S. oben Bemerkungen zu Art. 274, §. 3.

[3]) Protok. S. 1316.

[4]) Sollte man aber auch darin im Allgemeinen ein mora accipiendi finden wollen, so würde sie doch sicherlich im einzelnen Fall ausgeschlossen sein, wenn der Inhaber beweist, dass der Schuldner am Verfalltag nicht bereit zur Zahlung, ja dazu gar nicht im Stande gewesen sei. — [5]) Wechselordnung Art. 40.

cher für eine Forderung aus einem mit einem andern Kaufmann abgeschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäft Zinsen unter 6 Procent stipulirt, berechtigt, vom Eintritt der Fälligkeit der Forderung an 6 Procent zu fordern. Haben die Zinsen des Artikels dagegen nicht die Natur der Verzugszinsen, sondern sind sie als „stillschweigend verabredete Conventionalzinsen" im Sinne der Protokolle aufzufassen, so kann der Artikel in einem Fall, in welchem die Zinsen ausdrücklich verabredet sind, nicht eintreten [6]), diese bleiben also auch nach der Fälligkeit der Forderung unverändert in der verabredeten Höhe bestehen, bis der Verzug (anderweit) eintritt [7]). — **Art. 289.**

§. 2. Stellt man nun die hiernach nicht zu umgehende Untersuchung an, so ergiebt sich als Resultat derselben, dass unser Artikel von Verzugszinsen und lediglich von diesen handle.

Hierauf deuten zunächst schon die eigentlichen Dispositivworte des Artikels: „Kaufleute untereinander sind berechtigt, in beiderseitigen Handelsgeschäften von jeder Forderung seit dem Tage, an welchem sie fällig war, Zinsen zu fordern."

Ferner spricht dafür die Stellung des Artikels und die Verbindung mit dem unmittelbar vorhergehenden. Art. 288, welcher unbestritten von Verzugszinsen spricht, erklärt als allgemeine Voraussetzung derselben die Mahnung. Art. 289 bestimmt nun, dass für gewisse Forderungen „auch ohne Mahnung" Zinsen vom Tage der Fälligkeit an laufen. In Art. 290 wird sodann auf Zinsen, welche offenbar als Aequivalent für Benutzung eines Capitals, ganz abgesehen von der Fälligkeit der Forderung, erscheinen, übergegangen. Fänden sich also in Art. 289 nicht auch noch die Worte: „ohne Verabredung," so könnte ein Bedenken über die Natur der fraglichen Zinsen nicht aufkommen.

§. 3. Aus den Worten „ohne Verabredung" hat man schliessen wollen, dass die Zinsen unseres Artikels auch die Natur solcher Zinsen haben könnten, welche gewöhnlich durch Verabredung festgesetzt würden, d. h. der als Aequivalent für Benutzung eines Capitals erscheinenden. Allein

6) Vergl. die richtigen Ausführungen in den Protokollen (S. 1315), welche zur Streichung des Art. 221, Abs. 2 des preuss. Entwurfs bez. Art. 246 des Entwurfs I. Lesung führten. Dieser Artikel lautete: „Gesetzliche Zinsen können, sobald die Verpflichtung zu solchen überhaupt begründet ist, auch dann gefordert werden, wenn im Vertrag niedrigere Zinsen bedungen waren." Für die Streichung des Artikels wurde geltend gemacht, „sein Inhalt sei nur bezüglich der Verzugszinsen richtig," insofern aber in den Civilrechten enthalten oder doch selbstverständlich.

7) Keine Ausnahme macht das Fortbestehen des alten Zinsenlaufs auch nach der Fälligkeit, wenn die Absicht einer stillschweigenden Verlängerung des Vertrags aus den Umständen ersichtlich ist.

Art. 289. sieht man von der Auffassung, welche mit dem Worte „Conventionalzinsen“, dem gewöhnlichen Sprachgebrauch entsprechend, in den Protokollen verbunden ist, ab, so machen auch diese Worte keine Schwierigkeit. Denn ebenso wie gesetzliche Zinsen nicht lediglich die wegen Verzugs geschuldeten sind, sondern auch Zinsen der erwähnten ersteren Art durch Rechtssatz eingeführt sein können, so können andererseits Zinsen verabredet werden nicht nur als Vergütung für die Benutzung eines Capitals, sondern auch als Entschädigung für die nicht rechtzeitige Erfüllung einer Verbindlichkeit. Diese Verabredung braucht auch nicht etwa nur die Bedeutung zu haben, die vi legis eintretende Zinsverbindlichkeit ihrer Höhe nach besonders zu bestimmen, sondern sie kann auch die Voraussetzungen der Mora abweichend von den betreffenden Rechtssätzen ordnen, namentlich kann sie also auch einen früheren Eintritt der Mora festsetzen. Hiernach können also die Worte: „auch ohne Verabredung“ sehr wohl auf den im Artikel für bestimmte Fälle festgesetzten früheren Eintritt der Mora bezogen werden. Diese Interpretation aber erscheint im Zusammenhalt mit den oben angeführten Gründen als die allein richtige.

Allerdings ergiebt sich diese Interpretation nicht aus den in den Protokollen enthaltenen Commissionsverhandlungen, ja sie scheint sogar mit manchen bei dieser Gelegenheit gefallenen Bemerkungen in Widerspruch zu stehen. Allein, abgesehen von den in der Einleitung zu diesem Werke §. 16 vertheidigten Ansicht über den Gebrauch der Protokolle als Interpretationsmittel im Allgemeinen, ist hiergegen noch insbesondere zu bemerken, dass die drei Artikel 288, 289, 290 erst in Folge verschiedener, zu verschiedener Zeit gefassten Beschlüsse ihre gegenwärtige Gestalt erhielten, dass die parallelen Bestimmungen des preussischen, sowie des Entwurfs erster Lesung mit demselben keineswegs übereinstimmen, und dass daher die in den Verhandlungen ausgesprochenen Ansichten selbst im Sinne der Conferenzmitglieder, von welchen sie herrühren, nicht ohne Weiteres auf die Artikel des Gesetzbuchs bezogen werden können. Erst dadurch, dass Absatz 2 des Art. 224 des preussischen Entwurfs diejenige Ausdehnung erhielt, in welcher er als Absatz 2 des Art. 290 in das Gesetzbuch übergegangen ist, wurde das System abgeschlossen, während bis dahin eine Uebereinstimmung darüber nicht herrschte, ob unser Artikel überhaupt oder lediglich von Verzugszinsen handle, oder ob er, seiner Entstehung aus dem preussischen Landrecht Th. II, Tit. 8, §. 696 entsprechend, auch auf die von der Entstehung einer Forderung an laufenden Zinsen sich beziehe. Dass man aber im Grunde doch nur Verzugszinsen im Auge haben konnte, ergiebt sich

daraus, dass man entschieden nicht gewillt war, den Artikel auf Ordre- und Inhaberpapiere zu erstrecken, denn der Grund, wodurch man diese Erstreckung ausgeschlossen glaubte, dass nämlich der nicht am Verfalltag präsentirende Gläubiger sich in mora accipiendi befinde, ist, wie oben bemerkt, nicht zutreffend. — **Art. 289.**

Daraus, dass der Artikel den Moment bestimmt, von welchem das Recht auf Verzugszinsen beginnt, kann nicht geschlossen werden, dass von diesem Zeitpunkt an alle Wirkungen des Verzugs eintreten sollen. Vergl. Protok. S. 4604 f. §. 4.

Art. 290.

Ein Kaufmann, welcher in Ausübung des Handelsgewerbes einem Kaufmann oder Nichtkaufmann Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, kann dafür auch ohne vorherige Verabredung Provision, und wenn es sich um Aufbewahrung handelt, zugleich auch Lagergeld nach den an dem Orte gewöhnlichen Sätzen fordern. **Art. 290.**

Von seinen Darlehen, Vorschüssen, Auslagen und anderen Verwendungen kann er, vom Tage ihrer Leistung oder Beschaffung an, Zinsen in Ansatz bringen.

Dies gilt insbesondere auch von dem Commissionär und Spediteur.

Preuss. Entwurf Art. 227. — Entwurf I. Lesung Art. 248. — Entwurf II. Lesung Art. 273.

Protok. S. 426 bis 429. — 1317 f.

Absatz 1. Das Recht, Vergütung für Leistungen (Provision, Lagergeld, Zinsen) auch ohne Verabredung zu fordern, geht aus dem gewerbemässigen Betrieb hervor. Der Gewerbetreibende beabsichtigt regelmässig aus den einzelnen, dem Gewerbebetrieb angehörenden Handlungen Gewinn zu ziehen. Dies weiss jedermann oder muss es wissen. In der gewerbemässigen Betreibung eines Geschäftes (in der Etablirung) liegt diese Erklärung. Beansprucht daher jemand eine derartige Leistung, so acceptirt er diese allgemeine Vertragsbestimmung, verspricht er die Gegenleistung. Nimmt der Gewerbetreibende für ihn ohne seinen Auftrag eine derartige Handlung vor und erkennt er sie an oder muss er sie anerkennen, so ist in dieser freiwilligen oder nothwendigen Anerkennung zugleich die Anerkennung derselben allgemeinen Bedingung enthalten. Es kann daher auch §. 1.

Art. 290. nichts auf die Qualität desjenigen ankommen, welchem gegenüber der Gewerbetreibende, hier in specie der Kaufmann, die Leistung vornimmt; auch der Nichtkaufmann hat die Vergütung zu leisten. Dagegen kommt die Qualität des Leistenden insofern in Betracht, als er Vergütung nur für diejenigen Leistungen verlangen kann, welche er als Kaufmann oder, wie das Gesetzbuch sagt, in Ausübung des Handelsgewerbes, vorgenommen hat. Ob er Geschäfte der fraglichen Art gewöhnlich vorzunehmen pflegt oder nicht, ist gleichgültig, wenn sie nur überhaupt in den Betrieb des Handelsgewerbes fallen. S. darüber Art. 274, Abs. 2. 274[1]).

§. 2. Auch für die Höhe der Provision ist die Ortsüblichkeit massgebend. Dies ergiebt sich aus der Fassung des Artikels. Vergl. auch Protok. S. 1317.

Auf die Frage, ob im einzelnen Fall Provision oder Lagergeld zu zahlen sei, hat jedoch die bisherige Ortsüblichkeit keinen Einfluss. Diese entscheidet das Gesetz allgemein bejahend.

§. 3. Die in **Absatz 2** erwähnten Zinsen haben lediglich die Natur einer Vergütung für die überlassene Benutzung eines Capitals: sie sind keine Verzugszinsen. Sie laufen daher von dem Moment, in welchem die Ueberlassung, bez. Verwendung des Capitals zum Vortheil des anderen Theils erfolgt, auch wenn dieser davon nichts weiss, also auch wenn in Folge Verabredung oder Usance das Capital und die sonstigen Verwendungen in einem späteren Termin zurückgezahlt oder ersetzt werden sollen, von einer mora solvendi mithin nicht die Rede sein kann.

§. 4. Die Frage, welche Verwendungen der Käufer ersetzt verlangen kann, ist hier, wo es sich lediglich darum handelt, dass er, wenn er den Ersatz der Verwendungen verlangen kann, auch zu Zinsen berechtigt ist, nicht zu erörtern. Ueber die Frage nach Ersatz der Versicherungsprämie s. u. Bemerkungen zu Art. 343. 367.

§. 5. **Absatz 3.** S. Art. 371. 381. Protok. S. 766. 1204.

Art. 291.

Art. 291. Wenn ein Kaufmann mit einem andern Kaufmann in laufender Rechnung (Contocurrent) steht, so ist derjenige, welchem beim Rechnungsabschlusse ein Ueberschuss gebührt, von dem ganzen Betrage desselben, wenn gleich darunter Zinsen begriffen sind, seit dem Tage des Abschlusses Zinsen zu fordern berechtigt.

1) Einen etwaigen Zweifel hierüber hat man dadurch beseitigen wollen, dass man die Worte des preussischen Entwurfs: „in Ausübung seines Handelsgewerbes,“ verwandelte in: „in Ausübung des Handelsgewerbes“. Protok. S. 427. f.

Der Rechnungsabschluss geschieht jährlich einmal, sofern nicht von den Parteien ein Anderes bestimmt ist. Art. 291.

Preuss. Entwurf Art. 224. — Entwurf I. Lesung Art. 249. — Entwurf II. Lesung Art. 274.

Protok. S. 424. — 1317. — 4560 f.

Besteht unter zwei Personen die Uebung, dass die Zahlung, welche der Eine leistet, nicht zur Tilgung einer bestimmten einzelnen Forderung des Andern dienen oder eine Gegenforderung nicht auf eine bestimmte Forderung aufgerechnet werden soll, sondern werden die Gesammtsummen des von jeder Seite Geleisteten erst nach einem bestimmten Termin zusammengezählt und mit einander verglichen, so bezeichnet man das Rechnungsverhältniss dieser Personen als laufende Rechnung, Contocorrent. In Folge dieser Berechnungsart ist es nicht möglich, zu bestimmen, welches die ursprüngliche causa sei, aus welcher die Differenz zwischen den beiden Gesammtsummen, der Saldo, geschuldet wird, und aus dieser causa Momente für die rechtliche Beurtheilung der Forderung selbst herzuleiten [1]). Wenn daher auf die Höhe des Saldo oft [2]) die Berechnung von Zinsen von Einfluss ist, so kann doch, sobald nicht zufällig lediglich auf der einen Seite Forderungen existirten, nicht behauptet werden, dass im Saldo Zinsen begriffen seien, d. h. dass der Saldo theilweise die rechtliche Natur einer Zinsforderung habe. Das Verbot des Anatocismus cessirt daher von selbst. §. 1.

Ob die Vorbedingung zum Eintritt dieses Resultats wirklich vorliegt, ob Personen in laufender Rechnung stehen, hängt allein davon ab, ob die Absicht der Parteien, dass Zahlungen und Gegenforderungen nicht auf bestimmte Forderungen angerechnet werden sollen, vorhanden ist oder nicht. Wo eine Anrechnung auf eine einzelne Forderung erfolgt, da treten die Wirkungen des Contocorrents nicht ein. Unter Kaufleuten ist jene Absicht zu vermuthen: für diese allein formulirt das §. 2.

[1]) Dies ist nicht nur der Fall, wenn aus der Anerkennung des Saldo geklagt wird, ohne die einzelnen Contocorrentposten namhaft zu machen, sondern auch wenn eine solche Anerkennung nicht erfolgt war und die einzelnen Contocorrentposten namhaft gemacht werden.

[2]) Dies braucht nicht immer der Fall zu sein. Wenn z. B. die Hauptleistungen desjenigen, dessen Saldo activ ist, gegen Ende, die des andern zu Anfang des Rechnungsjahres erfolgten, so können die dem ersteren berechneten Zinsen niedriger sein, als die dem letzteren zu Gute kommenden.

Art. 291. Gesetzbuch den Satz [3]). Aus dieser Beschränkung der ausdrücklichen gesetzlichen Anerkennung kann aber ein argumentum a contrario nicht entnommen werden (Protokolle S. 1317). Im Verhältniss zwischen Kaufmann und Nichtkaufmann oder Nichtkaufleuten untereinander bleibt es beim alten Recht und hat die neue Rechtsbildung freies Spiel.

§. 3. Durch **Absatz 2** wird derjenige, für welchen der Saldo passiv ist, gegen Benachtheiligung des andern Theils geschützt.

Art. 292.

Art. 292. **Bei Handelsgeschäften können Zinsen zu Sechs vom Hundert jährlich bedungen werden; höhere Zinsen zu bedingen, ist nur in sofern zulässig, als die Landesgesetze solches gestatten.**

Bei Darlehen, welche ein Kaufmann empfängt, und bei Schulden eines Kaufmanns aus seinen Handelsgeschäften können auch höhere Zinsen als Sechs vom Hundert jährlich bedungen werden.

[3]) Unter Kaufmann wird hier wie überall, Kaufmann als solcher, d. h. im Betrieb seines Handelsgewerbes verstanden; siehe darüber Vorbemerkung II zu diesem Abschnitt, speciell §. 8.

In zweiter und dritter Lesung wurde die Ausdehnung des Artikels auf Geschäfte zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten beantragt, aber nicht angenommen. In dritter Lesung wurde für diesen Antrag geltend gemacht: „Häufig ständen auch Nichtkaufleute mit Kaufleuten und namentlich mit Banquiers in einem Contocorrentverhältniss, und dann sei es allgemein üblich, auch auf dieses Verhältniss die Bestimmungen dieses Artikels anzuwenden. Ein solches Verhältniss entstehe zwar allerdings nicht ohne eine darauf zielende Vereinbarung der Betheiligten, dessen ungeachtet genüge es nicht, auf den Abschluss eines Vertrags zu verweisen, einmal weil der Vertrag vielleicht nichts Näheres über die massgebenden Einzelheiten, wie Zinsenvergütung u. s. w. enthalte, sodann und hauptsächlich aus dem Grund, weil da, wo das Verbot des Anatocismus bestehe, ein Vertrag über die Anwendung des Art. 274 (des jetzigen Artikels 291) über das Verhältniss zwischen einem Kaufmann und einem Nichtkaufmann gar nicht geschlossen werden könne."

Dagegen wurde bemerkt: „Die beantragte Modification des Artikels führe zu weit, zumal der Begriff des Contocorrents in seiner Besonderheit sich auf das Verhältniss zwischen einem Kaufmann und einem Nichtkaufmann nicht erstrecken lasse, ohne die näheren Kriterien dieses Begriffs und die Eigenschaft der zwischen ihnen bestehenden laufenden Geschäftsverbindung anzugeben. Der Antrag könne leicht dahin führen, dass jedem Nichtkaufmann, der einem Kaufmann einen in dessen Büchern verzeichneten Betrag schulde, ohne Weiteres Zinsen und beziehungsweise Zinsen von Zinsen davon berechnet würden. Ein wahres Contocorrentverhältniss entstehe zwischen einem Kaufmann und einem Nichtkaufmann nicht anders als auf Grund einer besonderen Vereinbarung, bei welcher die gegenseitigen Rechte und Pflichten dergestalt bestimmt werden könnten, wie es das Bedürfniss erfordere."

Preuss. Entwurf Art. 223, Abs. 1. — Entwurf I. Lesung Art. 250, Abs. 1. — Entwurf II. Lesung Art. 275. **Art. 292.**
Protok. S. 423 f. — 1319.

Absatz 2. Es könnte scheinen, als ob die Wuchergesetze in Betreff der Zinsen aus Darlehen in einem weiteren Umfange ausgeschlossen seien, als in Betreff der Zinsen aus sonstigen Forderungen, indem dem Kaufmanne gestattet werde, auch von denjenigen Darlehen, welche er nicht im Betriebe seines Handelsgewerbes empfängt, höhere als sechsprocentige Zinsen zu versprechen. Darüber, dass diese Ansicht nicht begründet ist, siehe die Ausführungen in Vorbemerkung II zu diesem Abschnitte und speciell §. 10 ff.

Art. 293.

Die Zinsen können bei Handelsgeschäften in ihrem Gesammtbetrage das Capital übersteigen. **Art. 293.**

Preuss. Entwurf Art. 223, Abs. 2. — Entwurf I. Lesung Art. 250, Abs. 2. — Entwurf II. Lesung Art. 276.
Protok. S. 423 f. — 1319.

Dieser Artikel derogirt den Bestimmungen des gemeinen und des österreichischen Rechtes, dass die Summe der rückständigen Zinsen nicht höher als bis zum Betrag der Hauptschuld anwachsen soll. Er bezieht sich sowohl auf die vertragsmässigen, als auf die gesetzlichen Zinsen.

Art. 294.

Die Anerkennung einer Rechnung schliesst den Beweis eines Irrthums oder eines Betrugs in der Rechnung nicht aus. **Art. 294.**

Preuss. Entwurf Art. 225. — Entwurf I. Lesung Art. 251. — Entwurf II. Lesung Art. 277.
Protok. S. 425. — 1319.

Man hat in diesem Artikel den bisher von Manchen noch bestrittenen Satz, dass aus der Anerkennung einer Rechnung geklagt werden könne, §. 1.

Art. 294. implicite ausgesprochen finden wollen [1]). Zur Begründung dieser Annahme würde man so argumentiren müssen:

Um überhaupt die formale Möglichkeit der Annahme, dass die Anerkennung einer Rechnung den Beweis eines Irrthums oder Betrugs in derselben ausschliesse, statuiren zu können, muss man auf dem Standpunkt stehen, dass die Anerkennung der Rechnung einen selbständigen Rechtsgrund bildet, denn nur darum handelt es sich ja, ob wegen Irrthums und Betrugs der auf diesem Rechtsgrund beruhende Anspruch angefochten werden kann. Da nun aber in der Negirung jener Wirkung die Anerkennung ihrer formalen Möglichkeit liegt, so ist damit dieser Standpunkt als ein nothwendiger anerkannt. M. a. W. indem der Gesetzgeber die weiter gehende Wirkung negirt, stellt er die Grenzen der Wirkung positiv fest. In Folge dieser Argumentation würde das Gesetz den Satz enthalten: „die Anerkennung einer Rechnung bildet einen selbständigen Rechtsgrund, auf welchen sowohl die Geltendmachung einer Forderung, als auch die Abwehr der Geltendmachung einer weitergehenden oder einer andern Forderung [2]) gestützt werden kann."

Diese Auffassung hat in der That etwas Bestechendes, das Gesetz erklärt sich nach derselben am Einfachsten und, ich möchte sagen, am Elegantesten. Auch ist es möglich, dass man bei Bearbeitung des Gesetzmaterials in ähnlicher Weise argumentirt hat, wenngleich die Protokolle hierfür keinen Anhaltspunkt geben.

Allein mit dem Allen ist doch die Möglichkeit einer andern Erklärung nicht ausgeschlossen. Der Gesetzgeber kann nämlich sehr wohl eine gewisse weit gehende Wirkung einer rechtlichen Thatsache ausschliessen, ohne dadurch nothwendig die weniger weit gehende Wirkung anerkennen zu müssen. Er kann vielmehr die Frage nach dem Vorhandensein dieser anderen Wirkung absichtlich offen lassen, mithin die Beantwortung derselben der Legislation oder der Gewohnheit des einzelnen Rechtskreises oder der Doctrin überlassen. Damit ist die formale Möglichkeit des Eintritts der weiter gehenden Wirkung wenigstens eventuell gegeben und mithin die Negirung dieser Wirkung selbst möglich. Ein solches Verfahren hat aber gerade für das Handelsgesetzbuch, welches für die verschiedensten Rechtskreise bestimmt ist, nichts Auffallendes.

[1]) S. z. B. v. Kräwel (Commentar) in der Anmerkung 1 zu diesem Artikel: „Jedenfalls hat aber dieser Artikel die Wirkung, dass nunmehr überall aus einer anerkannten Rechnung geklagt werden kann, und der Verklagte erst die Einrede des Irrthums oder Betruges zu machen und zu erweisen hat."

[2]) Diese Wirkung ist nothwendiger Weise anzuerkennen, wenn die Klagbarkeit anerkannt wird.

Möglich ist es also, dass der Artikel lediglich das, was in den Worten ausgesprochen ist, enthalten soll, dass er also keineswegs von der Voraussetzung, dass die Anerkennung einen selbständigen Rechtsgrund enthalte, in der Art ausgeht, dass dieser Satz als in dem Gesetz selbst anerkannt erscheinen müsse. Kann nun aber die gesetzliche Anerkennung eines Rechtssatzes zwar allerdings darauf gestützt werden, dass eine gesetzliche Bestimmung denselben zu ihrer Voraussetzung hat, so genügt doch zum Beweis dieser Thatsache nicht, dass diese gesetzliche Bestimmung unter jener Voraussetzung erklärt oder am Einfachsten und Elegantesten erklärt werden kann, sondern es muss nachgewiesen werden, dass sie nur unter dieser Voraussetzung erklärt werden kann. **Art. 294.**

Der Rechtssatz, dass die Anerkennung einer Rechnung einen selbständigen Rechtsgrund zur Geltendmachung einer Forderung oder Vertheidigung gegen eine solche bilde, beruht daher nicht auf Art. 294. Freilich bedarf es einer gesetzlichen Feststellung derselben für das heutige Recht wohl kaum mehr. Jedenfalls kann aber nach dem Obigen die in den Worten des Art. 294 enthaltene Bestimmung im einzelnen Fall nur unter der Voraussetzung überhaupt in Frage kommen, dass man davon ausgeht, dass durch die Anerkennung der Rechnung ein selbständiger Rechtsgrund entsteht. Nur darum, ob ein auf diesen Rechtsgrund gestützter Anspruch wegen Betrugs oder Irrthums bekämpft werden könne, handelt es sich in unserer Stelle. Bei der Interpretation derselben ist also jedenfalls von dem Vorhandensein dieses selbständigen Rechtsgrundes auszugehen.

Irrthum oder Betrug in der Rechnung, d. h. eine unrichtige Angabe in der Rechnung, welche auf einem Irrthum des Rechnungsstellers beruht oder in betrügerischer Absicht von demselben vorgenommen worden ist. Der Andere hat einfach den Irrthum, ohne Rücksicht darauf, ob derselbe entschuldbar war oder nicht, oder den Betrug nachzuweisen. Zu diesen unrichtigen Angaben gehören insbesondere die eigentlichen Rechenfehler, der mehrmalige Ansatz eines Postens, die Auslassung einer empfangenen Zahlung, oder auch der zu hohe und zu niedrige Ansatz eines einzelnen Postens. §. 2.

Bei Anerkennung der Rechnung kann nur derjenige, welchem Rechnung gelegt wird, auf spätere Geltendmachung einer derartigen Unrichtigkeit verzichten, und dieser Verzicht hat, soweit die Unrichtigkeit auf Irrthum beruhte, Wirksamkeit, nicht aber wenn er durch dolus des Rechnungslegers veranlasst war. Der Artikel spricht nun aus, dass ein solcher Verzicht in der einfachen Anerkennung einer Rechnung nicht zu finden sei.

Art. 295.

Art. 295. Die Beweiskraft eines Schuldscheins oder einer Quittung ist an den Ablauf einer Zeitfrist nicht gebunden.

Preuss. Entwurf Art. 226. — Entwurf I. Lesung Art. 252. — Entwurf II. Lesung Art. 278.

Protok. S. 425. — 1320.

Der Artikel beseitigt lediglich die querela non numeratae pecuniae, d. h. ein Schuldschein und eine Quittung haben vom Moment ihrer Ausstellung an dieselbe Beweiskraft, welche Urkunden überhaupt zukommt, namentlich wird also durch sie voller Beweis gegen den Aussteller erbracht. Weiter geht jedoch diese Gleichstellung nicht. Finden sich daher z. B. besondere Rechtssätze vor, welche dem Schuldschein oder der Quittung nach Ablauf einer bestimmten Frist eine höhere Beweiskraft dadurch zusprechen, dass der Gegenbeweis gegen sie beschränkt oder aufgehoben ist, so bleiben diese unberührt. Dies ergiebt sich aus der Fassung, aus welcher deutlich hervorgeht, dass eine sonst für erforderlich erachtete Voraussetzung der Beweiskraft aufgehoben werden soll. Es ist aber auch absolut kein Grund denkbar, warum für das Handelsrecht die im Civilrecht anerkannte Beweiskraft gewisser, gerade im Handelsverkehr so sehr wichtiger und häufig vorkommender Urkunden geschwächt werden sollte. Die entgegengesetzte S. 425 der Protokolle ausgesprochene und S. 1320 wiederholte Ansicht ist unbegründet. Vergl. auch Motive zum preussischen Entwurf (S. 113), welche die richtige Ansicht vertreten.

Art. 296.

Art. 296. Der Ueberbringer einer Quittung gilt für ermächtigt, die Zahlung zu empfangen, sofern nicht die dem Zahlenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen.

Preuss. Entwurf Art. 55, Abs. 1. — Entwurf I. Lesung Art. 48, Abs. 2. — Entwurf II. Lesung Art. 279.

Protok. S. 99. — 955 bis 958. 1322 bis 1324. 1331.

Ueber die Geschichte des Artikels s. Bemerkungen zu Art. 51, §. 1. **Art. 296.**

„Die vorliegende Fassung des Artikels war der Abstimmung mit dem Bemerken unterstellt worden, dass das Wort „„Ueberbringer"" nicht anders als bloss im factischen Sinne und keineswegs so verstanden werden solle, als bedürfe es eines Beweises darüber, dass der Inhaber der Quittung vom Gläubiger abgesendet sei." Protok. S. 1324. Diese Auffassung entspricht vollständig den Worten des Artikels und ist deswegen zu billigen. Selbstverständlich ist, dass der Ueberbringer sich selbst als zum Empfang der Zahlung bevollmächtigt (ausdrücklich oder stillschweigend) bezeichnen muss. §. 1.

Die Bestimmung geht auf Quittungen aus einem Geschäft, welches entweder auf Seiten des Zahlenden oder des Ausstellers der Quittung Handelsgeschäft ist. Die allgemeinen Bemerkungen in den Protokollen (S. 957 f.) darüber, dass die Bestimmung sich auf Quittungen in allen Handelssachen, in Handelsangelegenheiten beziehen solle, sind nur beiläufig gefallen und ohne Erfolg geblieben. §. 2.

Art. 297.

Ein Antrag, ein Auftrag oder eine Vollmacht, welche von einem Kaufmann in dem Handelsgewerbe ausgegangen sind, werden durch seinen Tod nicht aufgehoben, sofern nicht eine entgegengesetzte Willensmeinung aus seiner Erklärung oder aus den Umständen hervorgeht. **Art. 297.**

Preuss. Entwurf Art. 228. — Entwurf I. Lesung Art. 253. — Entwurf II. Lesung Art. 280.

Protok. S. 429 bis 431. — 1320 f. 4561 bis 4563.

Ueber das Fortbestehen der Vollmacht nach dem Tode des Bevollmächtigten vergl. Bemerkungen zu Art. 54, §. 5 bis 8. Was dort in Betreff der Handlungsvollmacht ausgeführt ist, gilt auch Betreffs der einfachen Vollmacht [1]). §. 1.

Die Vollmacht ist in dem Handelsgewerbe ausgegangen d. h. das oder die einzelnen Geschäfte, zu deren Abschluss Vollmacht er- §. 2.

[1]) Ueber den Unterschied zwischen dem Handlungsbevollmächtigten und dem einfach Bevollmächtigten siehe Vorbemerkung zum fünften Artikel des ersten Buches §. 11 bis 15, S. 115 ff. und Bemerkungen zu Art. 47, §. 1. 2.

Art. 297. theilt ist, sollen zum Betrieb des Handelsgewerbes des Bevollmächtigers gehören [2]). Da nun das Handelsgewerbe im Zweifel einen von der Besonderheit des Inhabers mehr oder weniger unabhängigen Gang hat, so erscheint auch die Vollmacht selbst in einer derartigen Unabhängigkeit von der Persönlichkeit des Bevollmächtigers, sie gilt daher für den Fall, dass zur Zeit, wo das mandirte Geschäft abgeschlossen werden soll, der Vollmachtgeber nicht mehr am Leben sein sollte, als für den Rechtsnachfolger bez. von diesem gegeben. Der letzte Satz: „sofern u. s. w.“ begründet keine Abweichung von der Bestimmung des Art. 54, da die lediglich für die Dauer des Lebens des Principals ertheilte Handlungsvollmacht ebenfalls mit dem Tode desselben erlischt. S. Bemerkungen zu Art. 54, §. 6. 7.

§. 3. Derselbe Grund, auf welchem die Erstreckung der Wirkung der Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus beruht, führt auch zu der gleichen Behandlung des (inneren) Verhältnisses zwischen Mandant und Mandatar (Commissionär) [3]) und ebenso des durch einen Antrag begründeten Rechtsverhältnisses [4]).

§. 4. Der Satz sagt nur: der Tod hebt nicht auf. Das Rechtsverhältniss bleibt bestehen, wie es begründet ist, wird also auch nach seiner Begründung beurtheilt. Dies ist namentlich von Bedeutung hinsichtlich der ausdrücklich erklärten oder zu präsumirenden Zeitdauer eines Antrags.

An die Stelle des ursprünglichen Mandanten oder Offerenten treten dessen Erben oder die Uebernehmer des Handelsgeschäfts. Diese haben dieselbe Befugniss zur Revocation des Mandats, der Vollmacht, des Antrags, wie sie ihr Vorgänger hatte. Für die Frage, ob eine stillschweigende Revocation anzunehmen, sind die neuen Verhältnisse massgebend.

§. 5. Tritt unter den Rechts- oder Geschäftsnachfolgern ein Collision hinsichtlich der Aufrechterhaltung oder Zurücknahme des von dem Vorgänger begründeten Rechtsverhältnisses zu Tage, so ist, sobald (was

[2]) Durch die Präsumtion des Art. 274, Abs. 1 wird eine Untersuchung, ob die Vollmacht diese Qualification hat, für die überwiegend meisten Fälle überflüssig.

[3]) Da das innere Verhältniss von dem äusseren Verhältniss bei dem einfachen Mandat ebenso zu unterscheiden ist, wie bei der Handlungsvollmacht und der Vollmacht des Gesellschafters und des Vorstandes, so kann es auch bei jenem vorkommen, dass mit dem Tode des Principals das Mandat (nach innen) zwar erloschen ist, die Vollmacht aber doch noch fortbesteht. Der Mandatar kann nämlich in Folge ausdrücklicher Erklärung wissen oder aus den Umständen schliessen müssen, dass mit dem Tode des Principals das Mandat erloschen sein soll, während der Dritte, mit welchem der Mandatar im Namen des Mandanten contrahirt (Art. 298), diese Beschränkung nicht kennt. In diesem Fall obligirt der Dritte, der nach dem Tode des Mandanten mit dem Mandatar contrahirt, die Rechtsnachfolger des Mandanten, während der Mandatar durch dieses Contrahiren denselben sich schadensersatzpflichtig macht. — [4]) S. Art. 319. ff.

regelmässig anzunehmen sein wird) das Rechtsverhältniss nicht pro parte aufrecht zu erhalten ist, im Zweifel melior conditio prohibentis. Vergl. Art. 102, Abs. 2. Art. 104, Abs. 2. Art. 297.

Art. 298.

Bei einer Vollmacht zu Handelsgeschäften kommen in Betreff des Verhältnisses zwischen dem Vollmachtgeber, dem Bevollmächtigten und dem Dritten, mit welchem der Bevollmächtigte Namens des Vollmachtgebers das Geschäft schliesst, dieselben Bestimmungen zur Anwendung, welche im Art. 52 in Beziehung auf die Procuristen und Handlungsbevollmächtigten gegeben sind. Art. 298.

Ingleichen gilt die Bestimmung des Art. 55 in Beziehung auf denjenigen, welcher ein Handelsgeschäft als Bevollmächtigter schliesst, ohne Vollmacht dazu erhalten zu haben, oder welcher bei dem Abschlusse des Handelsgeschäfts seine Vollmacht überschreitet.

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung: fehlt. — Entwurf II. Lesung Art. 281.

Protok. S. 1322. — 4562 f.

Vergl. die Bemerkungen zu Art. 52 und 55.

Art. 299.

Im Falle der Abtretung einer aus einem Handelsgeschäft hervorgegangenen Forderung kann die Bezahlung ihres vollen Betrages auch dann verlangt werden, wenn dieser Betrag die Summe des für die Abtretung vereinbarten Preises übersteigt. Art. 299.

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung Art. 254. — Entwurf II. Lesung Art. 282.

Protok. S. 552 bis 554. — 1321.

Die lex Anastasiana enthält thatsächlich eine Beschränkung der Veräusserbarkeit einer Forderung. Diese hebt der Artikel für Forderungen aus Handelsgeschäften auf, und zwar ohne Unterschied, ob das

Art. 299. Geschäft auf Seiten des Schuldners oder des Gläubigers ein Handelsgeschäft war. Die Natur des Objects der Cession ist also massgebend für die Anwendbarkeit des Artikels, nicht die Natur der Cession. Anwendbar ist mithin der Artikel, auch wenn die Cession einer Forderung aus einem Handelsgeschäft kein Handelsgeschäft ist; nicht anwendbar dagegen, wenn die Cession zwar ein Handelsgeschäft ist, die cedirte Forderung aber nicht aus einem solchen herrührt [1]).

Art. 300.

Art. 300. Ein Kaufmann, welcher eine auf ihn ausgestellte Anweisung (Assignation) gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten sie ausgestellt ist, angenommen hat, ist demselben zur Erfüllung verpflichtet. Die auf eine schriftliche Anweisung geschriebene und unterschriebene Annahmeerklärung gilt als ein dem Assignatar geleistetes Zahlungsversprechen.

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung: fehlt. — Entwurf II. Lesung Art. 283.

Protok. S. 1325 bis 1328. 1331. 1414 bis 1416. 1418.

§. 1. Der Artikel entscheidet

1) die Controverse, ob das in der Annahme einer Anweisung enthaltene Versprechen trotzdem, dass es einer causa entbehre, rechtswirksam sei, insoweit als er eine von einem Kaufmann innerhalb seines Handelsgewerbes [1]) dem Assignatar gegenüber erfolgte Annahme einer Recta-Anweisung für gültig erklärt. Ob auch noch unter anderen Voraussetzungen die Annahme rechtswirksam sei, bleibt offene Frage. Der Artikel bestimmt,

2) dass die schriftliche Acceptation einer schriftlichen Anweisung als dem Assignatar gegenüber vorgenommen gelte.

§. 2. Von wem die Anweisung ausgestellt wird, von einem Kaufmann oder einem Nichtkaufmann, ist gleichgültig. Ferner enthält der Artikel weder eine Beschränkung hinsichtlich des Objects der mandirten Leistung, noch

[1]) In anderer Weise bestimmt hinsichtlich der Natur der Bürgschaft Art. 281, Abs. 2.

[1]) Siehe darüber, dass unter dem Kaufmann immer der Kaufmann als solcher, d. h. der Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes zu verstehen ist, Vorbemerkung II zu diesem Abschnitt, speciell §. 9.

die Bestimmung, dass die Leistung nicht von einer Gegenleistung abhängig gemacht werden dürfe. **Art. 300.**

Ausgestellte. Ausstellen wird zwar regelmässig nur von schriftlichen Erklärungen gebraucht, doch würde es irrig sein, das Wort hier auf solche zu beschränken, mithin den Artikel nur auf schriftliche Anweisungen zu beziehen. Dies ergiebt sich daraus, dass es für mündliche Anweisungen an einem das Wort: „ausstellen" ersetzenden Wort mangelt, und ferner daraus, dass im zweiten Satz speciell für schriftliche Anweisungen eine besondere Bestimmung gegeben wird. §. 3.

Nur bei schriftlichen Anweisungen ist die Rechtswirkung einer gewissen Erklärungsform der Annahme anerkennt. Bei einer mündlichen oder in einer besonderen Urkunde in Bezug auf eine (mündliche oder schriftliche) Anweisung ertheilten Erklärung wird im einzelnen Fall zu untersuchen sein, sowohl ob in derselben überhaupt eine wirkliche Annahme, d. h. ein selbständiges Zahlungsversprechen zu finden, als auch ob die Annahme dem Assignatar gegenüber erfolgt sei. An wen die Erklärung des Assignaten, dass gezahlt werden solle, gerichtet wird, ob an den Assignanten oder an den Assignatar, ist an sich noch nicht massgebend dafür, dass (im ersten Fall) das in der Anweisung liegende Zahlungsmandat habe angenommen, oder dass (im zweiten Fall) dem Assignatar ein Zahlungsversprechen habe ertheilt werden sollen. Der Assignat kann bei seiner Erklärung an den Assignatar diesen sehr wohl auch als Mandatar, bez. negotiorum gestor des Assignanten betrachten und somit beabsichtigen, seine Erklärung letzterem gegenüber abzugeben und umgekehrt. Bei Erklärungen, welche auf die durch den Assignatar geschehene Präsentation einer schriftlichen Anweisung zur Acceptation mündlich abgegeben werden, wird man in den beiden angedeuteten Beziehungen besonders vorsichtig sein müssen. §. 4.

Geschriebene und unterschriebene Annahmeerklärung. Hierdurch ist nicht ausgeschlossen, dass auch die Niederschreibung des Namens des Assignaten auf der Vorderseite der Urkunde als Annahmeerklärung erscheinen könne. Es folgt dies nicht sowohl aus Art. 21, Abs. 3 der Wechselordnung [2]), indem dieser eine analoge Anwendung §. 5.

2) Wechselordnung Art. 21, Abs. 2 und 3. „Jede auf dem Wechsel geschriebene und von dem Bezogenen unterschriebene Erklärung gilt für eine unbeschränkte Annahme, sofern nicht in derselben ausdrücklich ausgesprochen ist, dass der Bezogene entweder überhaupt nicht oder nur unter gewissen Einschränkungen annehmen wolle.

Gleicher Gestalt gilt es für eine unbeschränkte Annahme, wenn der Bezogene ohne weiteren Beisatz seinen Namen oder seine Firma auf die Vorderseite des Wechsels schreibt."

Art. 300. nicht zulässt, als vielmehr aus der im eigentlich kaufmännischen Verkehr vorkommenden Uebung auf diese Weise zu acceptiren (Art. 279). Diese Uebung kann jedoch nicht gegen denjenigen Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs geltend gemacht werden, dessen Verkehrskreise dieselbe fremd ist, und welchem nicht nachgewiesen wird, dass er trotzdem die Uebung gekannt habe. Eine dem Absatz 2 des Art. 21 der Wechselordnung entsprechende Bestimmung lässt sich für Anweisungen gar nicht aufstellen.

§. 6. **Gilt.** Nicht nur, wenn aus der Urkunde das Gegentheil erhellt, tritt die Bestimmung des zweiten Satzes nicht ein, sondern auch, wenn bei Vornahme der Acceptation dem Assignatar erklärt worden ist, dass sie nicht ihm gegenüber vorgenommen werde. Ist die Anweisung, schon ehe sie in die Hände des Assignatars gekommen ist, acceptirt worden, so gilt sie trotzdem als ein dem Assignatar geleistetes Zahlungsversprechen. Hatte aber der Assignat mit dem Assignanten eine entgegenstehende Uebereinkunft über die Bedeutung der Acceptation getroffen, und ist diese dem Assignatar bei Uebergabe der Anweisung mitgetheilt worden, so ist sie auch für ihn massgebend und kann daher seiner Klage aus dem Accept einredeweise entgegengestellt werden. Ist die Uebereinkunft dem Assignatar bei der Uebergabe der Anweisung nicht mitgetheilt worden, so kann der Assignat auf dieselbe sich nur dann und nur in soweit beziehen, wenn und in soweit er nachweist, dass der Assignatar nicht für eigene Rechnung, sondern für Rechnung des Assignanten handelt.

Art. 301.

Art. 301. Anweisungen und Verpflichtungsscheine, welche von Kaufleuten über Leistungen von Geld oder einer Quantität vertretbarer Sachen oder Werthpapiere ausgestellt sind, ohne dass darin die Verpflichtung zur Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, können durch Indossament übertragen werden, wenn sie an Ordre lauten.

Zur Gültigkeit der Urkunde oder des Indossaments ist nicht erforderlich, dass sie die Angabe des Verpflichtungsgrundes oder das Empfangsbekenntniss der Valuta enthalten.

Wer eine solche Anweisung acceptirt hat, ist demjenigen, zu dessen Gunsten sie ausgestellt oder an welchen sie indossirt ist, zur Erfüllung verpflichtet.

Preuss. Entwurf Art. 229, Abs. 4. — Entwurf I. Lesung Art. 255, Nro. 2. — Entwurf II. Lesung Art. 284. **Art. 301.**

Protok. S. 433 bis 443. 554 bis 564. — 1325 f. 1328 bis 1332. 1414 bis 1416. 1417. — 4563 bis 4569. 5066 bis 5068.

Eine **Anweisung** und ein **Verpflichtungsschein** können zu negotiablen Papieren dadurch gemacht werden, dass sie in üblicher Weise dazu erklärt sind. Diese Erklärung erfolgt durch die „Stellung an Ordre". Der Artikel erkennt die Stellung an Ordre als wirksam an, wenn der Aussteller Kaufmann ist und im Betriebe des Handelsgewerbes handelt [1]), ohne dass jedoch hier, ebensowenig wie an anderen Orten, die gesetzliche Bestimmung zu einem argumentum a contrario berechtigt. §. 1.

Den rechtlichen Inhalt der Negotiabilität bestimmen: Abs. 3 unseres Artikel, Art. 303 und 305.

Quantität vertretbarer Sachen oder Werthpapiere. Dass das Epitheton „vertretbare" auch auf Werthpapiere sich bezieht, ergiebt schon die grammatische Interpretation. Es sind also massenhaft emittirte Papiere gemeint, und es dürfen nicht bestimmte Nummern als Object der Leistung angegeben sein [2]). Dass die Vertretbarkeit dadurch beschränkt ist, dass nur eine bestimmte Anzahl der betreffenden Objecte überhaupt vorhanden ist, thut dem Begriff der Vertretbarkeit an sich keinen Eintrag. Nur dann, wenn die Gesammtheit der vorhandenen Objecte den Gegenstand der Leistung bilden soll, fällt die Vertretbarkeit weg. Ob dies auch schon dann anzunehmen ist, wenn die zu liefernde Quantität der vorhandenen Quantität nahe kommt, ist quaestio facti [3]). §. 2.

Ohne dass darin etc. Nicht unter den Artikel fällt also z. B. ein Verpflichtungsschein über die Lieferung von 20 Wispel Weizen à 50 Thlr. Gründe für und wider die Nichtanerkennung der Anweisungen und Verpflichtungsscheine über eine nicht lediglich einseitige Leistung finden sich in den Protokollen S. 560 f. 4563 bis 4568. §. 3.

Die Verpflichtung zur Leistung. Diese Worte passen nur für einen Verpflichtungsschein oder eine acceptirte Anweisung, nicht aber für eine nicht acceptirte Anweisung. Da aber die Anweisung, weil aus §. 4.

[1]) S. über die Nothwendigkeit dieses Erfordernisses Vorbemerkung II zu diesem Abschnitt, speciell §. 9.

[2]) Sind zwar zunächst bestimmte Nummern angegeben, ist daneben aber (ausdrücklich oder stillschweigend) die Lieferung anderer Papiere derselben Art freigelassen, so handelt es sich in der That um Lieferung einer Quantität.

[3]) Namentlich bei Werthpapieren kann dies vorkommen, z. B. wenn schon eine grosse Quantität der emittirten Papiere ausgelost ist und nur noch wenige vorhanden sind, oder eine Anzahl Papiere aus einer bestimmten Serie geliefert werden soll.

Art. 301. derselben an sich ein Regress nicht gegeben ist, hauptsächlich nur als acceptirte in Betracht kommt, so verschlägt diese incorrecte Fassung nichts.

§. 5. **Können durch Indossament übertragen werden,** d. h. für die Indossirung derselben gelten die Bestimmungen der Art. 303, Abs. 1, 2. 305, Abs. 1. Unter der Uebertragung durch Indossament ist nicht bloss die einmalige Uebertragung durch den ersten Erwerber der Urkunde verstanden, sondern der Indossatar kann weiter indossiren. Dies ergiebt sich aus der Allgemeinheit des Ausdrucks, ferner aus Art. 303, Abs. 1 [4]) und aus dem in Art. 305 als anwendbar erklärten Art. 36 der Wechselordnung, welcher ja ein mehrmaliges Indossirtsein der Urkunde voraussetzt.

§. 6. **Wenn sie an Ordre lauten.** Regelmässig wird dem Namen des ersten Nehmers der Anweisung (Assignatar) oder des Verpflichtungsscheins das Wort: „Ordre" oder ein gleichlautendes hinzugefügt. Es fragt sich aber, ob die Stellung an eigene Ordre, d. h. an die Ordre des Ausstellers oder schlechthin an Ordre, worunter hier [5]) dasselbe zu verstehen ist, dieselbe Wirkung hervorbringt.

Für Bejahung dieser Frage könnte man sich darauf beziehen, dass in zweiter Lesung der Antrag gestellt wurde, die in dem ursprünglichen Vorschlag stehenden Worte: „an die Ordre des Berechtigten" in die Worte: „an Ordre" zu verwandeln, „damit die an eigene Ordre ausgestellten Urkunden von der Bestimmung des Artikels nicht ausgeschlossen würden", und dass diese Veränderung beschlossen wurde. Allein es ist keineswegs hergestellt, dass die den Antrag annehmende Majorität die Motive des Antragstellers getheilt [6]), ja selbst nicht, dass der Antragsteller die Stellung der betr. Urkunde an eigene Ordre mit derselben Wirkung versehen wollte, welche für Tratten gilt. Wäre aber auch die Ansicht des Antragstellers und der Majorität evident, so ist dieselbe doch keineswegs im Gesetze ausgesprochen und kann daher für die Interpretation nicht massgebend sein [7]).

Auf Art. 6 der Wechselordnung, welcher den Wechsel an eigene

4) S. Bemerkungen zu Art. 303, §. 5.

5) Anders in den Fällen des Art. 302.

6) Nicht selten stimmten einzelne Mitglieder der Conferenz einer aus materiellen Gründen beantragten Veränderung zu, weil sie dieselbe für indifferent oder aus formellen Gründen gerechtfertigt hielten, ohne ihre Abweichung von den Motiven des Antragsstellers im Protokoll niederzulegen. — Im vorliegenden Fall kann es aber sehr leicht sein, dass einzelne Mitglieder der Veränderung aus dem Grund beigestimmt haben, weil sie den Ausdruck „Berechtigter" für den Assignatar einer nicht acceptirten Anweisung beanstandeten.

7) Vergl. Band I, Einleitung §. 16.

Ordre anerkennt und ihn schon vor erfolgter Indossirung für einen vollwirksamen Wechsel erklärt, kann hier nicht Bezug genommen werden, da das Handelsgesetzbuch den Artikel nicht herübergenommen hat [8]). Es ist also auf allgemeine Rechtsgründe zu recurriren. Aus diesen ergiebt sich aber, dass sowohl eine Anweisung als ein Verpflichtungsschein vor der Indossirung ohne jede rechtliche Bedeutung ist, denn es fehlt an der zur Entstehung [9]) einer Obligation nothwendigen Person des Assignatars und des Gläubigers. Der Assignant kann daher auch aus dem Accept der an eigene Ordre gestellten Anweisung keine Rechte erwerben. Diesen Satz spricht Abs. 3 unseres Artikels ausdrücklich aus, denn der Aussteller kann schlechterdings nicht als derjenige, „zu dessen Gunsten die Anweisung ausgestellt ist,“ angesehen werden. Ferner kann aber auch eine an eigene Ordre gestellte Urkunde nicht (im rechtlichen Sinne) indossirt werden, indem die Voraussetzung des Indossaments, ein Berechtigter, welcher einen Andern an seine Stelle setzt, fehlt. **Art. 301.**

Wohl aber erscheint es, da es sich hier nicht um solenne Formalacte handelt, zulässig, die Urkunde dadurch zu ergänzen, dass in der Form des Indossaments der ursprüngliche Mangel nachgeholt wird [10]). Dieses Indossament erscheint dann als integrirender Theil der Haupturkunde, der Indossatar ist der Assignatar, bez. der ursprüngliche Gläubiger. Daraus folgt aber, dass für diese formell als Indossament erscheinende Erklärung die in Artikel 305 für das materielle Indossament gegebenen Bestimmungen nicht massgebend sind, dass also namentlich ein Blancoindossament durch das Gesetz nicht für wirksam anerkannt wird.

Es früge sich nun noch, ob und unter welchen Voraussetzungen eine an eigene Ordre gestellte und durch Indossament ergänzte Urkunde unter die Bestimmung unseres Artikels fallen kann. Da der erste formelle Indossatar als Assignatar oder Gläubiger erscheint, so ist die Urkunde jedenfalls dann als eine an Ordre gestellte anzusehen, wenn jenes Indossament an Ordre gestellt ist. Aber auch dann, wenn dasselbe als §. 7.

8) Auch die für das Connossement gegebene positive Bestimmung (s. Bemerkungen zu Art. 302, §. 1, Note 2) ist nicht auszudehnen.

9) Ebenso wie eine an eigene Ordre gestellte Tratte ohne besondere positive Vorschrift keine rechtliche Bedeutung haben würde und ein an eigene Ordre gestellter eigener Wechsel keine solche hat.

10) Dies steht nicht im Widerspruch damit, dass eine als Indossament gewollte Erklärung, wenn sie rechtlich unwirksam ist, nicht in anderer Weise aufrecht erhalten werden kann (s. u. Bemerkungen zu Art. 303, Note 4), denn der Aussteller der Urkunde kann schlechterdings gar nicht die Absicht gehabt haben, einen andern Berechtigten sich zu substituiren, da ein ursprünglich Berechtigter noch gar nicht vorhanden war. Er konnte nur die Absicht haben, den formell als Indossatar Bezeichneten primo loco zu berechtigen.

Art. 301. Recta-Indossament ausgestellt ist? Für die Bejahung kann natürlich nicht darauf Bezug genommen werden, dass nach Art. 305 [11]) das Indossament, um dem Indossatar das Recht weiter zu indossiren zu gewähren, nicht selbst an Ordre gestellt zu sein braucht, da ja Art. 305 für das fragliche (nur formelle) Indossament nicht massgebend ist. Wohl aber könnte man anführen, dass der Aussteller durch die Stellung an eigene Ordre die Absicht die Urkunde negotiabel zu machen ausgesprochen habe. Richtiger jedoch wird die Frage wohl zu verneinen sein, denn die Stellung an eigene Ordre kann nach den obigen Ausführungen auch möglicher Weise nur die Absicht aussprechen, den durch die Urkunde zu Berechtigenden unter der Form des Indossatars zu bezeichnen.

§. 8. **Absatz 2.** Eine Erklärung, welche in der Form eines Verpflichtungsschein oder eines Indossaments abgegeben wird, ist rechtswirksam an sich. Es bedarf daher auch weder des Anführens der causa in der Urkunde, noch der Erwähnung derselben bei der Geltendmachung des Anspruchs. Aus der Hinzufügung der causa kann sich jedoch ergeben, dass der Verpflichtungsschein nicht von einem Kaufmann in seinem Handelsgewerbe ausgestellt ist [12]), dass mithin der Artikel nicht zur Anwendung kommt.

§. 9. **Absatz 3. Wer — acceptirt hat.** Die Bestimmung des Art. 300 darf nicht etwa als eine allgemeine Bestimmung über Anweisungen überhaupt mit der Bestimmung dieses Satzes verbunden werden. Art. 300 spricht von Rectaanweisungen, Art. 301 von Ordreanweisungen. Nicht bloss der Kaufmann soll durch das Accept einer Ordreanweisung obligirt werden, sondern auch der Nichtkaufmann.

Dem Aussteller haftet der Acceptant aus dem Accept nicht. Art. 23, Abs. 2 der Wechselordnung ist nicht aufgenommen worden.

§. 10. N. B. Man kann die von Kaufleuten ausgestellten und an Ordre lautenden Anweisungen als „kaufmännische“ bezeichnen. Es ist jedoch deswegen nicht angezeigt, diese Bezeichnung als eine technische zu gebrauchen, weil in mehreren deutschen Staaten unter kaufmännischen Anweisungen diejenigen Papiere verstanden werden, „welche in ihrer Fassung als Anweisung bezeichnet und sonst in der Art. 4 der deutschen Wechselordnung Nro. 2 bis 8 für Wechsel vorgeschriebenen Form ausgestellt sind“ [13]). Solche kaufmänni-

11) S. oben Note 4.

12) S. unten Bemerkungen zu Art 303, Note 6.

13) Königl. Sächsisches Gesetz vom 7. Juni 1849. — Weimarsches Gesetz vom 13. Juli 1849. — Reuss j. L. Gesetz vom 30. Juli 1852. — Reuss ä. L. Gesetz vom 25. August 1854. — Das Baiersche Gesetz vom 29. Juni 1851, Art. 2 verlangt noch, dass die Anweisung „ausdrücklich auf Ordre gestellt“ sei.

schen Anweisungen sind im Allgemeinen den gesetzlichen Bestimmungen über gezogene Wechsel unterworfen. Diese finden nur in einem wesentlichen Punkt nicht Anwendung, insofern nämlich der Regress auf Sicherstellung Mangels Annahme ausgeschlossen ist. Die Annahme wird daher auch regelmässig nicht nachgesucht, und die „kaufmännischen Anweisungen“ stellen sich dadurch als Papiere dar, welche lediglich auf dem Credit des Ausstellers und des Indossanten beruhen. Die Anträge, das Institut dieser „kaufmännischen Anweisungen“ im Gesetzbuch anzuerkennen, wurde abgelehnt. Protokolle S. 562. 869 bis 874. 1470 f. Art. 301.

Art. 302.

Ingleichen können Connossemente der Seeschiffer und Ladescheine der Frachtführer, Auslieferungsscheine (Lagerscheine, Warrants) über Waaren oder andere bewegliche Sachen, welche von einer zur Aufbewahrung solcher Sachen staatlich ermächtigten Anstalt ausgestellt sind, ferner Bodmereibriefe und Seeassecuranzpolizen durch Indossament übertragen werden, wenn sie an Ordre lauten. Art. 302.

Preuss. Entwurf Art. 230. — Entw. I. Lesung Art. 255, Nro. 3. — Entwurf II. Lesung Art. 286.

Protok. S. 443 bis 451. 559. — 1326. 1330. 1332. 2203 bis 2208. — 4569 f. 5066.

Ueber Connossemente siehe Art. 644 ff. [1]). Das Connossement ist ein vom Schiffer ausgestellter Verpflichtungsschein. Der Aussteller des Connossements verpflichtet sich die ihm vom Ablader zum Transport übergebenen Güter der als Empfänger bezeichneten Person im Löschungshafen auszuliefern. Als Empfänger wird im Connossement nach Anordnung des Abladers bezeichnet entweder eine bestimmte Person oder diese Person „und deren Ordre“ oder „die Ordre des Abladers“. Diese letztere ist gemeint, wenn das Connossement lediglich an Ordre gestellt ist (Art. 646). Wird der Schiffer von dem Ablader beauftragt im Löschungshafen über die Güter im Interesse des Abladers zu verfügen, so bezeichnet der Schiffer sich selbst als Destinatär. In diesem Fall hat das Connossement §. 1.

[1]) Die Verhandlungen über die Frage, ob Connossemente als solche indossabel sein sollten, oder nur, wenn sie an Ordre gestellt seien, finden sich Protok. S. 2203 bis 2208. 2237 f. 4005.

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

Art. 302. natürlich nicht die Bedeutung eines Verpflichtungsscheins. Da es jedoch als formell gültiges Connossement vom Gesetz anerkannt ist[2]), so hat die Uebertragung desselben an einen Dritten durch Indossirung die rechtliche Wirkung eines eigentlichen Indossaments. Folglich ist auch ein Blancoindossament zulässig. Dasselbe gilt von der Indossirung eines lediglich an Ordre gestellten Connossements durch den Ablader, da ja in diesem Fall der Ablader als derjenige, gegenüber welchem der Schiffer durch Ausstellung des Connossements die Verpflichtung die Güter abzuliefern eingegangen ist, vom Gesetz bezeichnet wird. Ebenso ist auch die im Connossement als Empfänger bezeichnete bestimmte Person zur wirksamen Indossirung befugt.

§. 2. Ueber den **Ladeschein,** ein dem Connossement nachgebildetes und das sogenannte Connossement der Flussschiffer umfassendes Institut, siehe Art. 413 ff. Die Bezeichnung des den Ladeschein ausstellenden Frachtführers als Empfänger ist im Gesetz nicht anerkannt, daher gilt für einen an eigene Ordre des Frachtführers ausgestellten Ladeschein das zu Art. 301 im §. 6. 7 Bemerkte.

§. 3. Unter dem Namen **Warrant** werden in England von den Inhabern von Magazinen (Docks) über die Deponirung von Waaren Lagerscheine ausgestellt, gegen deren Rückgabe der durch Indossament legitimirte Inhaber die deponirten Waaren empfangen kann. Diese Papiere „erleichtern die Circulation der Waaren und damit den Umsatz des Capitals durch Ersparung von Traditionen“. Es ist damit „eine künstliche Mobilisirung“ der Waaren hervorgebracht. Auch in Frankreich wurde das Institut der Warrants eingeführt, jedoch sind zu deren Ausgabe nur die von der Regierung autorisirten Magazine (magasins généraux) befugt[3]). In Deutschland ist das Institut zwar noch nicht ausgebildet, und es wurde daher nicht für angemessen erachtet, dasselbe im Handelsgesetzbuch im Voraus zu regeln. Das aber erschien erforderlich, für den Fall, dass ein Staat öffentliche Lagerhäuser mit der Befugniss Warrants auszustellen, errichten sollte, die Circulation dieser Papiere auch in den übrigen deutschen Staaten zu ermöglichen. Dieses ist durch die Anerkennung der Indossabilität derselben geschehen.

§. 4. Ueber den **Bodmereibrief** siehe Art. 683 ff.; über die Stellung desselben an Ordre Art. 685. Protokolle S. 4045.

Ueber die Indossirung der **Seeassecuranzpolicen** siehe Art. 896. 904, Abs. 4[4]).

[2]) Art. 646, Abs. 2. „Das Connossement kann auch auf den Namen des Schiffers als Empfängers lauten.“ — [3]) Goldschmidt, Zeitschrift B. II, S. 118. — [4]) Die Verhandlungen finden sich Protok. S. 3560. 3579 bis 3582. 3653. 3663 f. 3666.

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

Art. 303.

Durch das Indossament der in den beiden vorhergehenden Artikeln bezeichneten Urkunden gehen alle Rechte aus dem indossirten Papiere auf den Indossatar über. **Art. 303.**

Der Verpflichtete kann sich nur solcher Einreden bedienen, welche ihm nach Massgabe der Urkunde selbst oder unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen.

Der Schuldner ist nur gegen Aushändigung des quittirten Papiers zu erfüllen verpflichtet.

Preuss. Entwurf Art. 230, Abs. 3. 4. — Entwurf I. Lesung Art. 257. — Entwurf II. Lesung Art. 285.

Protok. S. 433 bis 443. 446. 554 bis 564. — 1325 bis 1332. — 4569. 5066.

Absatz 1. Vergl. Allgem. deutsche Wechselordnung Art. 10[1]). §. 1.

Absatz 2. Vergl. ebendaselbst Art. 82[2]).

Absatz 3. Vergl. ebendaselbst Art. 39, Abs. 1[3]).

Das **Indossament** ist ein Rechtsgeschäft, durch welches der aus einer Urkunde Berechtigte einen Andern an seiner Stelle für den Berechtigten erklärt. Der beabsichtigte Effect kann nur unter der Voraussetzung erreicht werden, dass erstens der Aussteller der Urkunde diese Substitution gestattet bez. ermöglicht, indem er in der Urkunde nicht nur den in derselben Genannten, sondern auch die von diesem direct und indirect zu substituirende Person als den Berechtigten bezeichnet, und dass zweitens das Recht diese Erklärung als rechtswirksam anerkennt[4]). Die Form für diese Erklärung ist die Stellung der Ur- §. 2.

[1]) Art. 10. Durch das Indossament gehen alle Rechte aus dem Wechsel auf den Indossatar über, insbesondere auch die Befugniss, den Wechsel weiter zu indossiren.

[2]) Art. 82. Der Wechselschuldner kann sich nur solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen.

[3]) Art. 39, Abs. 1. Der Wechselschuldner ist nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels zu zahlen verpflichtet.

[4]) Hat der Aussteller der Urkunde die Substitution nicht gestattet oder erkennt das Recht dieselbe nicht an, so ist eine in der Form des Indossaments auf die Urkunde geschriebene Erklärung dann bedeutungslos, wenn ein eigentliches Indossament beabsichtigt war. Ist dies nicht der Fall, so ist die Erklärung nach dem präsumtiven Willen der Parteien insbesondere des Indossanten zu interpretiren. Sehr häufig wird dieser auf Bevollmächtigung des Indossatars zur Eincassirung gehen, ob in rem suam (Cession) oder nicht, ist altioris indaginis. — Ueber die Bezeichnung des ursprünglich Berechtigten durch Indossament siehe Bemerkungen zu Art. 301, §. 6.

Art. 303. kunde „an Ordre“ [5]). Das Handelsgesetzbuch erkennt die Wirksamkeit dieser Erklärung für sieben in den Artikeln 301 und 302 aufgeführte Urkunden an, ohne jedoch damit dem bisherigen Recht, insofern dieses die rechtliche Möglichkeit, auch noch andere Urkunden an Ordre zu stellen, anerkennt, zu derogiren oder einer neuen Rechtsbildung nach dieser Richtung auszuschliessen (Art. 304).

§. 3. Durch das Indossament hört der bisherige Berechtigte auf berechtigt zu sein, der Indossatar tritt an seine Stelle, ohne aber sein Rechtsnachfolger zu werden; es können ihm daher auch Einreden aus der Person des Indossanten nicht entgegengestellt werden. Der Indossatar tritt in ein obligatorisches Verhältniss zum Aussteller, bez. Aussteller und Acceptanten der Urkunde, lediglich auf Grund des berechtigten Inhabens der Urkunde. Diese allein enthält die lex obligationis. Daher ist jede aus der Urkunde nicht erkennbare Uebereinkunft, welche über das zwischen einem früheren Inhaber der Urkunde und dem Aussteller oder Acceptanten bestanden habende Rechtsverhältniss von diesen Personen getroffen worden ist, ohne Bedeutung für das durch das Indossament zwischen Indossatar und Aussteller oder Acceptant begründete Rechtsverhältniss.

§. 4. Eine weitere Wirkung, welche das Wechselrecht dem Indossament beilegt, erkennt das Handelsgesetzbuch nicht an. Der Indossant verpflichtet sich durch das Indossament an sich in keiner Weise, aus dem Indossament ist daher auch ein Regress nicht gegeben. Derselbe kann nur aus dem dem Indossament zu Grunde liegenden Geschäft genommen werden. Von diesem unterliegenden Geschäft ist das Indossament selbst völlig unabhängig. Wird es in der Indossamentsurkunde erwähnt, so ist diese Erwähnung für das Indossament selbst gleichgültig (Art. 301, Abs. 2) [6]).

§. 5. Der Indossatar hat das Recht weiter zu indossiren (s. Bemerkung zu Art. 301, §. 5). Art. 10 der Wechselordnung erwähnt dies Recht zwar besonders, aber nicht als ein selbständiges, sondern als ein aus dem Uebergang der „Rechte aus dem Wechsel“ fliessendes und führt deswegen die Bestimmung mit dem Wort „insbesondere“ ein. Daher ist auch die Auslassung dieser Bestimmung bei Uebertragung dieses Artikels in das Handelsgesetzbuch ohne Bedeutung.

[5]) Bez. der Gebrauch des Wortes „Wechsel“. W. O. Art. 9 u. Art. 4, Nro. 1.

[6]) In wiefern das Valutenbekenntniss für den Beweis der Natur des unterliegenden Geschäfts wichtig wird, ist quaestio facti. Ebenso ist es quaestio facti, ob die dem Indossament beigefügte Clausel „ohne Obligo“ (vergl. Wechselordnung Art. 14) auch den Regress aus dem unterliegenden Geschäft ausschliessen soll.

Auch wenn das Indossament ausdrücklich „nicht an Ordre“ gestellt wird, behält doch jedes folgende Indossament seine rechtliche Wirkung. Jeder Indossatar tritt in Folge der Stellung des Papiers „an Ordre“ in ein directes Verhältniss zum Aussteller und Acceptanten, und kein Indossant ist im Stande, durch eine Erklärung seinerseits die Möglichkeit der Entstehung eines solchen Rechtsverhältnisses aufzuheben. Die Wirkung, welche Art. 15 der Wechselordnung der Stellung des Indossaments „nicht an Ordre“ beilegt, kann bei den fraglichen Urkunden nicht eintreten, da der Indossant als solcher ja keine Verpflichtung übernimmt (s. o. §. 4). Art. 303. §. 6.

Die Bestimmung des **Absatzes 3** ist nothwendige Folge des Absatzes 2. Dass auch Absatz 2 des Art. 39 der Wechselordnung [7]) Anwendung finden muss, ergiebt sich aus allgemeinen Grundsätzen. §. 7.

Art. 304.

Ob ausser den in diesem Gesetzbuch bezeichneten noch andere an Ordre lautende Anweisungen, Verpflichtungsscheine oder sonstige Urkunden mit der in Art. 303 erwähnten Wirkung durch Indossament übertragen werden können, ist nach den Landesgesetzen zu beurtheilen. Art. 304.

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung: fehlt. — Entwurf II. Lesung: fehlt.

Protok. S. 1330. — 4563 bis 4571. 5067 f. 5073.

Dadurch, dass das Gesetzbuch gewisse Arten von Papieren für indossabel mit den Wirkungen des Artikel 203 erklärt, beabsichtigt es nicht den weiter gehenden Bestimmungen der einzelnen Landesrechte zu derogiren, noch eine neue Rechtsbildung, welche auch die Indossabilität anderer Papiere anerkennt, auszuschliessen. Es ist sonach selbst nicht ausgeschlossen, dass Anweisungen und Verpflichtungsscheine über Leistungen, die nur gegen Gegenleistung vorzunehmen sind, als indossabel anerkannt werden. Ueber die materiellen Wirkungen des Indossaments solcher Papiere bestimmt das Gesetzbuch nichts. Art. 303 ist nicht §. 1.

[7]) „Hat der Wechselschuldner eine Theilzahlung geleistet, so kann derselbe nur verlangen, dass die Zahlung auf dem Wechsel abgeschrieben und ihm Quittung auf einer Abschrift des Wechsels ertheilt werde.“

Art. 304. ohne Weiteres auf dieselben zu beziehen, dagegen finden die Bestimmungen des Art. 305 auf sie Anwendung.

§. 2. Ueber die Indossirung der Actien der Commandit-Actien-Gesellschaften und der auf Namen gestellten Actien der Actien-Gesellschaften siehe Art. 182 [1]) und Art. 223.

Art. 305.

Art. 305. Für Papiere, welche an Ordre lauten und welche durch Indossament übertragen werden können (Art. 301 — 304), gelten in Betreff der Form des Indossaments, in Betreff der Legitimation des Inhabers und der Prüfung dieser Legitimation, sowie in Betreff der Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe dieselben Bestimmungen, welche die Art. 11 bis 13, 36 und 74 der allgemeinen deutschen Wechselordnung in Betreff des Wechsels enthalten.

Sind die in Art. 301 bezeichneten Papiere abhanden gekommen, so finden in Bezug auf die Amortisation die in Art. 73 der allgemeinen deutschen Wechselordnung gegebenen Bestimmungen Anwendung. Die Amortisation der im Art. 302 bezeichneten Papiere richtet sich nach den Landesgesetzen [1]).

Preuss. Entwurf Art. 231. — Entwurf I. Lesung Art. 256. 258. — Entwurf II. Lesung Art. 287.

Protok. S. 451 f. — 1325 f. 1331 f. — 4569. 4613. 5066. 5073 f.

Absatz 1 umfasst nicht nur die in den Artikeln 301 und 302 für indossabel erklärten Papiere, sondern ausserdem auch diejenigen, welche nach den Landesgesetzen indossabel im Sinne des Artikels 303 sind. Dies ergiebt sich insbesondere aus der Citirung des Art. 303 in der Parenthese.

[1]) In dem Commentar zu Art. 182 ist bei dem Protokollcitat nachzutragen S. 5070 bis 5073.

[1]) Die in dem Artikel citirten Bestimmungen der allgemeinen deutschen Wechselordnung lauten:

Art. 11. Das Indossament muss auf den Wechsel, eine Copie desselben oder ein mit dem Wechsel oder der Copie verbundenes Blatt (Alonge) geschrieben werden.

Art. 12. Ein Indossament ist gültig, wenn der Indossant auch nur seinen Namen oder seine Firma auf die Rückseite des Wechsels oder der Copie, oder auf die Alonge schreibt (Blanco-Indossament).

Art. 13. Jeder Inhaber eines Wechsels ist befugt, die auf demselben befindlichen Blanco-Indossamente auszufüllen; er kann den Wechsel aber auch ohne diese Ausfüllung weiter indossiren.

Art. 306.

Wenn Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe veräussert und übergeben worden sind, so erlangt der redliche Erwerber das Eigenthum, auch wenn der Veräusserer nicht Eigenthümer war. Das früher begründete Eigenthum erlischt. Jedes früher begründete Pfandrecht oder sonstige dingliche Recht erlischt, wenn dasselbe dem Erwerber bei der Veräusserung unbekannt war. **Art. 306.**

Sind Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb verpfändet und übergeben worden, so kann ein früher begründetes Eigenthum, Pfandrecht oder sonstiges dingliches Recht an den Gegenständen zum Nachtheil des redlichen Pfandnehmers oder dessen Rechtsnachfolger nicht geltend gemacht werden.

Das gesetzliche Pfandrecht des Commissionärs, Spediteurs und Frachtführers steht einem durch Vertrag erworbenen Pfandrechte gleich.

Dieser Artikel findet keine Anwendung, wenn die Gegenstände gestohlen oder verloren waren.

Art. 36. Der Inhaber eines indossirten Wechsels wird durch eine zusammenhängende, bis auf ihn hinuntergehende Reihe von Indossamenten als Eigenthümer des Wechsels legitimirt. Das erste Indossament muss demnach mit dem Namen des Remittenten, jedes folgende Indossament mit dem Namen desjenigen unterzeichnet sein, welchen das unmittelbar vorhergehende Indossament als Indossatar benennt. Wenn auf ein Blanco-Indossament ein weiteres Indossament folgt, so wird angenommen, dass der Aussteller des letztern den Wechsel durch das Blanco-Indossament erworben hat.

Ausgestrichene Indossamente werden bei Prüfung der Legitimation als nicht geschrieben angesehen.

Die Echtheit der Indossamente zu prüfen ist der Zahlende nicht verpflichtet.

Art. 73. Der Eigenthümer eines abhanden gekommenen Wechsels kann die Amortisation des Wechsels bei dem Gerichte des Zahlungsortes beantragen. Nach Einleitung des Amortisationsverfahrens kann derselbe vom Acceptanten Zahlung fordern, wenn er bis zur Amortisation des Wechsels Sicherheit bestellt. Ohne eine solche Sicherheitsstellung ist er nur die Deposition der aus dem Accepte schuldigen Summe bei Gericht oder bei einer andern zur Annahme von Depositen ermächtigten Behörde oder Anstalt zu fordern berechtigt.

Art. 74. Der nach den Bestimmungen des Art. 36 legitimirte Besitzer eines Wechsels kann nur dann zur Herausgabe desselben angehalten werden, wenn er den Wechsel in bösem Glauben erworben hat oder ihm bei der Erwerbung des Wechsels eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

Art. 306. Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung: fehlt. — Entwurf II. Lesung: fehlt.

Protok. S. (431. 440. 493. 688 bis 693. 872. 874. — 1186). 4605 bis 4622. 5068. 5087 bis 5091.

§. 1. Schon in erster Lesung wurde das Bedürfniss des Handelsverkehrs nach Beschränkung der Vindication wiederholt geltend gemacht (Protok. S. 431. 440) und Abhülfe beantragt (Protok. S. 493 bis 495. 872. 874). Angenommen wurde jedoch nur der Satz, dass der Comittent nicht befugt sei, die von dem Commissionär, wenn auch auftragswidrig, veräusserte Waare zu vindiciren (Protok. S. 688 bis 693. Entwurf I. Lesung Art. 305). In zweiter Lesung wurde dieser Satz dahin ausgedehnt, dass der Committent auch die von dem Commissionär bestellten dinglichen Rechte dem gutgläubigen Erwerber gegenüber anerkennen müsse (Protokolle S. 1186 f. Entwurf II. Lesung Art. 339). In dritter Lesung wurden, nachdem der betreffende Antrag Preussens verschiedene Amendirungen erfahren hatte, die Artikel 306 bis 308 in der vorliegenden Fassung angenommen. Protok. S. 4605 bis 4622. 5068. 5087 bis 5091.

§. 2. **Absatz 1. In dessen Handelsbetrieb.** Auch hier tritt die Präsumtion des Art. 274 ein.

Uebergeben. Der Uebergabe der Sache steht unter den Voraussetzungen des Art. 649 die Uebergabe des über dieselbe ausgestellten Connossements gleich. Der gute Glaube muss also im Augenblick der Uebergabe des Connossements vorhanden sein. Später, wenn auch vor der Besitzergreifung der Waaren selbst, eintretende mala fides schadet nichts, da das Eigenthum ja im Moment des Connossementserwerbs erworben war.

§. 3. **Der redliche Erwerber.** Hinsichtlich der Voraussetzungen der bona fides, sowie der Constatirung derselben kommen im Allgemeinen die Grundsätze des bürgerlichen Rechts zur Anwendung. Ist in letzterer Beziehung dem richterlichen Ermessen ein freier Spielraum gelassen, so entspricht dies um so mehr den Principien, auf welchen das Handelsgesetzbuch beruht. In ersterer Beziehung kann die Frage entstehen, ob der Eigenthumserwerb dadurch ausgeschlossen wird, dass der Erwerber wusste, sein Autor oder ein früherer Besitzer habe die Sache von einem Nichteigenthümer erworben. Die Frage ist zu verneinen, wenn jener Vorbesitzer selbst in bona fide war, denn dann ist er ja Eigenthümer geworden, der Art. 306 kommt daher für die weiteren von ihm ausgehenden Veräusserungen nicht mehr in Betracht. Der neue Erwerber wird Eigenthümer, selbst wenn er der Ansicht war, sein Autor sei es nicht gewesen.

War dagegen jener Vorbesitzer in mala fide, so ist er nicht Eigenthümer geworden, folglich kann der neue Erwerber nach unserm Artikel Eigenthum nur dann erwerben, wenn er selbst in bona fide ist. Diese aber ist dann ausgeschlossen, wenn er wusste, sein Autor sei nicht Eigenthümer geworden, und ebenso, wenn er zwar wusste, sein Autor habe von einem Nichteigenthümer gekauft, aber der (irrthümlichen) Ansicht ist, derselbe sei bei dem Erwerb in bona fide gewesen, folglich Eigenthümer geworden. **Art. 306.**

Der Satz: **das früher begründete Eigenthum erlischt,** spricht eine selbstverständliche Consequenz aus dem vorhergehenden Satz aus. Dagegen enthält der folgende Satz: **Jedes früher begründete Pfandrecht** u. s. w., einen neuen Rechtssatz [1]). Derselbe hat aber nicht nur einen andern Inhalt, als der erste Satz, sondern auch einen andern, d. h. einen weiteren Umfang. §. 4.

In Betreff des Eigenthumserwerbs war nämlich nur eine Bestimmung für den Fall erforderlich, wenn der Veräusserer nicht Eigenthümer war; denn war derselbe Eigenthümer, so wird nach allen geltenden Rechtssystemen der Erwerber (und zwar nicht nur der redliche Erwerber und nicht nur der von einem Kaufmann Erwerbende) ebenfalls Eigenthümer. Es konnte mithin dem Gesetzgeber nicht in den Sinn kommen, für diesen Fall eine noch dazu ungenaue Bestimmung zu treffen. Der Nachdruck liegt vielmehr, was diesen Satz betrifft, einzig und allein auf den Worten: „auch wenn der Veräusserer nicht Eigenthümer war."

Anders in Betreff des letzten Satzes. Auch wer vom Eigenthümer erwirbt, mithin schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen Eigenthümer wird, erwirbt die Sache immer cum onere, einerlei, ob er von der Belastung Kenntniss hat oder nicht. Dies musste aber für die Veräusserungen im Handelsverkehr aus denselben Gründen, welche zur Aufstellung des ersten Satzes führten, als lästige Beschränkung erscheinen. Hatte man der Sicherheit des Handelsverkehrs, dem Schutz der bona fides die Rechte des früheren Eigenthümers geopfert, so musste man consequenter Weise auch dem Fortbestand der dinglichen Rechte, welche dem Erwerber der belasteten Sache bei dem Erwerb unbekannt waren, die Anerkennung versagen. Dies geschieht durch den letzten Satz des ersten Absatzes. Natürlich aber konnte die Erlöschung der dinglichen Rechte nicht nur für den Fall ausgesprochen werden, wenn nach den Grundsätzen des allgemeinen Rechts Eigenthum erworben wurde, sondern musste auch für den Fall

[1]) Es ist überflüssig zu untersuchen, ob die Bestimmung des letzten Absatzes nicht schon per analogiam aus dem ersten Satz folge; keinenfalls ist sie in dessen Worten enthalten.

Art. 306. anerkannt werden, wenn gemäss den Bestimmungen dieses Artikels der redliche Erwerber Eigenthümer wird.

§. 5. **Jedes Pfandrecht oder sonstige dingliche Recht.** Der Ursprung des Rechtes, ob dasselbe in Folge Rechtssatzes oder durch Privatdisposition entstand, ist gleichgültig. Vergl. noch Bemerkungen zu Art. 409, Abs. 1.

Unbekannt. Demjenigen, welchem das Recht bekannt war, steht auch hier derjenige gleich, welchem es bekannt sein musste. —

§. 6. Wer einen, gleichviel ob angriffs- oder vertheidigungsweise geltend gemachten, Anspruch auf sein Eigenthum stützt, kann, wenn er die Sache bona fide im Handelsverkehr erworben hat, sich darauf beschränken, seinen Erwerbsact zu beweisen, ohne auf Erörterungen des Umstandes, ob sein Autor Eigenthümer war oder nicht, weiter sich einzulassen, da er ja jedenfalls durch den letzten Erwerbsact Eigenthümer geworden und das frühere Eigenthum erloschen ist. Hat er jedoch die Sache nicht im Handelsverkehr erworben, muss er sich also auf den Eigenthumserwerb eines Vorgängers stützen, so hat er den bona fide und im Handelsverkehr erfolgten Erwerb dieses Vorgängers sowie den Uebergang des Eigenthums von diesem auf sich zu beweisen. Einer Vindication gegenüber genügt es jedoch zu beweisen, dass irgend ein Nachbesitzer des Klägers die Sache im Handelsverkehr bona fide erworben hatte, indem dadurch der Gegenbeweis, dass das Eigenthum des Klägers, auf welches dieser seine Klage stützt, erloschen ist, erbracht, mithin die Klage abzuweisen ist.

§. 7. **Absatz 2. Uebergeben** s. o. §. 2.

Der redliche Pfandnehmer, d. i. derjenige, welcher annahm und annehmen durfte, dass der Verpfänder Eigenthümer der ihm verpfändeten Sache und dass die Sache nicht bereits verpfändet sei, soll ebenso geschützt werden, wie der redliche Erwerber der Sache selbst. Während aber die Anerkennung des bonae fidei Erwerbers als Eigenthümer nothwendig die Erlöschung des bisherigen Eigenthums und der bestehenden dinglichen Rechte herbeiführt, erfordert der Schutz des Pfandrechts, um wirksam zu sein, diese weit gehende Massregel nicht. Das Rechtsverhältniss des Pfandgläubigers zur verpfändeten Sache hat nur die rechtliche Bedeutung, dass er durch dieselbe die Sicherheit der Realisirung seiner Forderung an den Pfandschuldner erhält. Sein Interesse an der Sache geht also auch nicht weiter, als dass ihm diese Realisirung möglich gemacht werde. Soweit dieses Interesse nicht beeinträchtigt wird, ist kein Grund vorhanden, die Rechte anderer an der verpfändeten Sache auszuschliessen, und es genügt, dass gesetzlich ausgesprochen werde, dass

diese Rechte nicht zu seinem Nachtheil ausgeübt werden können. **Art. 306.**

Dem redlichen Pfandgläubiger kann daher die Sache weder vom Eigenthümer noch von einem früheren Pfandgläubiger oder sonst dinglich Berechtigten abgenommen werden. Er hat sie dagegen herauszugeben, wenn ihm der Betrag seiner Forderung offerirt wird, und muss überhaupt die Rechte dieser Personen in demselben Umfang anerkennen, wie der frühere Pfandgläubiger die Rechte der späteren Pfandgläubiger anzuerkennen hat. —

Es kann vorkommen, dass, wenn eine verpfändete Sache früher schon mehrmals verpfändet war, der neue Pfandnehmer bei der Verpfändung zwar von dem Bestehen des einen Pfandrechtes Kenntniss hat, nicht aber von dem des andern. In diesem Fall ist er mit seinem Pfandrecht nur dem letzteren gegenüber geschützt. Ist das bekannte Pfandrecht das ältere, so ergiebt sich die Consequenz von selbst. Ist es dagegen das jüngere, so löst sich der nunmehr eintretende Conflict in folgender Weise. Die bei der neuen Verpfändung bereits bestehenden Pfandrechte werden zunächst nach ihrem Alter locirt ohne Rücksicht auf die neue Verpfändung und danach auch der aus dem Pfand gelöste Betrag auf sie vertheilt. Den Betrag jedoch, welcher auf den Pfandgläubiger, dessen Recht der neue Pfandgläubiger nicht kannte, fällt, erhält dieser letztere bis zum Betrag seiner Forderung, während der dem jüngern und dem neuen Pfandgläubiger bekannten Pfandgläubiger berechnete Betrag diesem bleibt.[2]) §. 8.

Absatz 3. S. Art. 374. 382. 409. Ueber die Collision des Pfandrechts der Schiffsgläubiger (Titel 10 des fünften Buches) mit anderen Pfandgläubigern s. Art. 779. §. 9.

Absatz 4. Die Thatsache, dass die Sache **verloren oder gestohlen** ist, muss von demjenigen, welcher sich auf dieselbe beruft, bewiesen werden. Sie bildet jedoch nicht einen Theil des Klaggrundes, sondern wird erst gegen die Behauptung, dass auf Grund des Art. 306 Eigenthum erworben sei (formell also als Replik, bez. Duplik) vorgeschützt. §. 10.

Ob der Thatbestand des Gestohlenseins vorliegt, ist nach dem massgebenden Criminalrecht zu beurtheilen[3]). Massgebend ist aber §. 11.

[2]) Beispiel. Eine dem A für eine Schuld von 600 und darauf dem B für eine Schuld von 400 verpfändete Sache wird im Handelsverkehr dem X für eine Forderung von 800 verpfändet. Bei der Verpfändung kennt X das bestehende Pfandrecht des B, nicht aber das des A. Die Sache wird für 900 verkauft. Von diesen würden, wenn die neue Verpfändung an den X nicht vorgenommen worden wäre, auf A fallen 600, auf B 300. Nunmehr erhält X die 600, B behält die 300, A geht leer aus. — Würde die Forderung des X nur 500 betragen, so bekäme X 500, A 100, B 300.

[3]) Der römische Begriff des furtum kommt also nicht in Betracht.

Art. 306. nicht dasjenige Recht, unter dessen Herrschaft das als Diebstahl angesehene Ereigniss eingetreten ist, sondern zunächst dasjenige, unter dessen Herrschaft der letzte Erwerb der Sache stattgefunden hat. Hat nach diesem die Sache nicht die Eigenschaft einer gestohlenen, so ist auf Grund des Art. 306 der bonae fidei Erwerber jedenfalls Eigenthümer geworden, mag auch sein Autor noch nicht Eigenthümer gewesen sein. Ist aber nach diesem Recht die Sache als gestohlen anzusehen, so ist auf die Erwerbshandlung des unmittelbaren und weiter der mittelbaren Autoren zurückzugehen. Ist nach dem für die Erwerbshandlung eines dieser Personen geltenden Recht die Sache nicht als gestohlen anzusehen, und war die Sache bona fide und im Handelsverkehr erworben, war also durch diese Erwerbshandlung Eigenthum begründet, so wird in Folge davon auch jeder Nachfolger Eigenthümer, und zwar dann nicht auf Grund des Art. 306, sondern auf Grund des allgemeinen Rechtes. Die Eigenschaft der Sache als gestohlener, kann daher nicht mehr in Frage kommen.

Art. 307.

Art. 307. Die Bestimmungen des vorigen Artikels finden bei Papieren auf Inhaber auch dann Anwendung, wenn die Veräusserung oder Verpfändung nicht von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb geschehen ist, und wenn die Papiere gestohlen oder verloren waren.

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung: fehlt. — Entwurf II. Lesung: fehlt.

Protok. S. 4605 bis 4622. 5068. 5087 bis 5091.

Für Papiere auf Inhaber werden die Grundsätze des Art. 306 in einem noch weiteren Umfang anerkannt. Nicht nur dass der Umstand, dass dieselben verloren oder gestohlen sind, den Erwerb des Eigenthums oder Pfandrechts durch den redlichen Erwerber nicht ausschliesst, sondern es ist zu diesem Erwerb nicht einmal erforderlich, dass das Papier im Handelsverkehr veräussert worden sei.

Die Worte des Art. 306: „Wenn Waaren von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb veräussert worden sind“ enthalten eine Beschränkung der Voraussetzung der Bestimmung des Artikels. Wenn es nun in Art. 307 heisst: „auch dann, wenn die Veräusserung

nicht von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb geschehen ist", so ist damit einfach die Beschränkung der Voraussetzung aufgehoben. Die einzige Voraussetzung des Art. 307 bildet mithin die „Veräusserung". Es ist daher völlig unbegründet, wenn man [1]) nicht nur gegen den Geist, sondern direct gegen die Worte des Artikels in dem fraglichen Satz nur die Negirung der Voraussetzung des Verkauftseins im Handelsbetrieb finden will, nicht aber auch die Beseitigung des Requisits, dass ein Kaufmann veräussert habe. **Art. 307.**

Dass das Handelsgesetzbuch durch diesen Satz die Gränzen, welche es sonst bezüglich seiner Competenz inne zu halten pflegt, überschritten hat, kann um so weniger zu einer andern Interpretation führen, als auch darin, dass für das Privatgeschäft eines Kaufmanns, welches nicht absolutes Handelsgeschäft ist, Bestimmungen aufgenommen würden, eine Ueberschreitung dieser Gränze läge [2]).

Art. 308.

Durch die beiden vorhergehenden Artikel werden die Landesgesetze nicht berührt, welche für den Besitzer noch günstigere Bestimmungen enthalten. **Art. 308.**

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung: fehlt. — Entwurf II. Lesung: fehlt.

Protok. S. 5068. 5087.

Thöl (Handelsrecht 4. Aufl. §. 56 a. Nr. 6, und 56 b. Nr. 5, S. 358. 360) interpretirt den Artikel so: „Das bisherige Recht, wenn es dem Besitzer günstiger ist, bleibt gültig, gänzlich gültig, nicht lediglich soweit es günstiger ist." Das heisst doch wohl: Ist das Landesgesetz dem Besitzer im Allgemeinen günstiger, so kommen dessen Bestimmungen und nicht die des Artikel 306 bez. 307 zur Anwendung. Also z. B. ein Landesgesetz gewährt zwar demjenigen, welcher von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb eine Sache bona fide erwirbt, kein Eigenthum, sondern bestimmt nur, dass die Vindication gegen ihn ausgeschlossen ist, erkennt diesen Grundsatz aber auch an für gestohlene und verlorene Sachen. §. 1.

1) v. Kräwel, Commentar S. 378.
2) Vergl. auch Vorbemerkung II zu diesem Titel.

Art. 308. Ein anderes Landesgesetz statuirt ebenfalls nur den Ausschluss der Vindication bona fide erworbener Sachen, erkennt auch die Ausnahme hinsichtlich gestohlener und verlorener Sachen an, beschränkt den Satz aber nicht auf Sachen, die von einem Kaufmann in seinem Handelsbetrieb veräussert worden sind. — Nach Thöl's Ansicht würde sich hier fragen, ob das Landesgesetz oder das Handelsgesetzbuch dem Besitzer günstiger sei, und hiernach würde entweder das eine oder das andere als geltend anzusehen sein, d. h. in abstracto geltend, nicht im einzelnen Fall zur Anwendung kommend.

§. 2. Diese Interpretation erscheint schon deswegen bedenklich, weil sie dem Richter eine Thätigkeit zumuthet, welche ausserhalb des Gebietes liegt, auf welchem er sich sonst zu bewegen hat. Der Richter ist im Stande zu bestimmen, ob die Anwendung einer einzelnen für sich bestehenden Bestimmung im einzelnen Fall einer Partei günstiger ist, als die Anwendung einer anderen. Schwieriger kann es ihm schon sein, wenn es sich um die Anwendung einer Mehrheit von Bestimmungen handelt, zu bestimmen, ob in einem einzelnen Fall die Anwendung dieser oder einer anderen Reihe von Bestimmungen einer Partei günstiger ist. Unmöglich aber wird es dann oft sein, wenn von zwei mit einander zu vergleichenden Rechtssätzen, je nach den Voraussetzungen des Falles, bald der eine, bald der andere einer Partei günstiger erscheint, im Allgemeinen den einen oder den anderen als den günstigeren zu bezeichnen. Die Entscheidung könnte nur daher entnommen werden, dass man untersuchte, in welchen Fällen eine Abhülfe durch Anwendung des betreffenden Rechtsprincips erwünschter, bez. schwerer zu entbehren sei. Man würde dabei schliesslich auf die Frage nach der präsumtiven Häufigkeit des Eintritts des einen oder des anderen Falls kommen müssen. In den oben angeführten Beispielen würde man etwa so zu argumentiren haben. Der Fall, dass die Verfügung der Vindication dem Besitzer nicht genügenden Schutz gewährt, kommt seltener vor, als der, dass verlorene und gestohlene Sachen veräussert werden, folglich stellt sich im Allgemeinen derjenige Rechtssatz, welcher dem redlichen Besitzer ohne bestimmte Voraussetzungen einen, wenn auch nicht völlig wirksamen, Schutz gewährt, als günstiger dar, als derjenige, welcher den vollständigen Schutz von gewissen Voraussetzungen abhängig macht.

Es kann wohl schwerlich angenommen werden, dass der Gesetzgeber den Richter veranlasst, die Frage, ob ein gewisser Rechtssatz oder ein anderer gelte, nach Erwägungen zu entscheiden, bei welchen die subjective Anschauung so wesentlich in den Vordergrund tritt, dass man die Entscheidung häufig als Geschmackssache zu bezeichnen geneigt sein dürfte.

Es nöthigen aber auch die Worte des Artikels keineswegs zu dieser Interpretation. Unter den „Landesgesetzen" wird nicht die Gesammtheit der Rechtssätze, welche Betreffs des Ausschlusses der Vindication in einem bestimmten Staate gelten, bezüglich der gesammte Inhalt eines über diesen Gegenstand erlassenen Gesetzes verstanden, sondern, wie auch an anderen Stellen des Gesetzbuches, die einzelnen betreffenden Rechtssätze, bez. die einzelnen betreffenden gesetzlich festgestellten Rechtssätze. Art. 308. §. 3.

Nun giebt es allerdings Sätze, welche in nothwendigem Zusammenhang mit anderen Rechtssätzen stehen. Diese können nicht allein aufgegriffen werden, und aus diesem Grund rechtfertigt es sich auch wohl, dass man nicht die Fassung gewählt hat: „die Landesgesetze, soweit sie — enthalten". Haben aber die einzelnen Rechtssätze einen selbständigen Inhalt, so können sie auch für sich allein ins Auge gefasst werden, ja, man ist selbst berechtigt, einen Rechtssatz hinsichtlich der Personen oder Sachen, auf welche er sich bezieht, ja selbst hinsichtlich der thatsächlichen Voraussetzungen seines Eintritts in mehrere Rechtssätze zu zerlegen. So würden sich in den angeführten Beispielen folgende Rechtssätze als landesgesetzliche aufstellen lassen.

Erstes Beispiel. 1. Sachen, welche nicht gestohlen oder verloren waren, können dem bonae fidei possessor abvindicirt werden.

2. Sachen, welche gestohlen oder verloren waren, können dem bonae fidei possessor abvindicirt werden.

Zweites Beispiel. 1. Sachen, welche von einem Kaufmann in seinem Handelsbetrieb veräussert und übergeben worden sind, können dem bonae fidei possessor nicht abvindicirt werden.

2. Sachen, welche nicht von einem Kaufmann veräussert worden sind, können dem bonae fidei possessor abvindicirt werden.

In beiden Beispielen ist der Satz unter Nr. 1, welcher dem bonae fidei Erwerber gegenüber nur die Vindication ausschliesst, diesem aber nicht Eigenthum zuspricht, ungünstiger für den Besitzer als Art. 306, während der Satz unter Nr. 2 günstiger ist, folglich bleibt letzterer unberührt bestehen, in den betreffenden Fällen ist also lediglich die Vindication ausgeschlossen, während an Stelle der Sätze unter Nr. 1 der Art. 306 tritt, mithin unter den daselbst angegebenen Voraussetzungen der bonae fidei Erwerber Eigenthum erwirbt.

Art. 309.

Die zur Bestellung eines Faustpfandes in dem bürgerlichen Rechte vorgeschriebenen Förmlichkeiten sind nicht erforderlich, wenn unter Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Han- Art. 309.

Art. 309. delsgeschäften ein Faustpfand an beweglichen Sachen, an Papieren auf Inhaber oder an Papieren, welche durch Indossament übertragen werden können, bestellt wird.

In diesem Falle genügt neben der einfachen Vereinbarung über die Verpfändung:

1) bei beweglichen Sachen und bei Papieren auf Inhaber die Uebertragung des Besitzes auf den Gläubiger, wie solche nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts für das Faustpfand erfordert wird;

2) bei Papieren, welche durch Indossament übertragen werden können, die Uebergabe des indossirten Papiers.

Preuss. Entwurf Art. 232. — Entwurf I. Lesung Art. 259. — Entwurf II. Lesung Art. 289.

Protok. S. 452 bis 454. — 1332 bis 1339. — 4575.

§. 1. Der Artikel ist gegen die Bestimmungen des französischen Rechts und andere Particularrechte gerichtet, während er dem gemeinen, dem preussischen und dem österreichischen Recht entspricht.

§. 2. Die enge Verbindung der Forderung aus Inhaber- oder Ordrepapieren mit dem Papier selbst ermöglicht eine wirksame Verpfändung dieser Forderung. Es kann an ihnen ein wahres Faustpfand [1]) bestellt werden. An Ordrepapieren kann dies jedoch mit voller Wirksamkeit nur geschehen, wenn das Papier (dem Gläubiger oder in bianco) indossirt wird, denn erst dadurch hat der Pfandgläubiger die Möglichkeit der dem Wesen des Papiers entsprechenden Realisirung seines Rechts durch Einziehung der Forde-

[1]) Genauer noch liegt hier ein der fiducia entsprechendes Rechtsverhältniss vor, denn der Pfandgläubiger wird als Inhaber des Inhaberpapiers oder des in bianco indossirten Ordrepapiers sowie als Indossatar des ihm indossirten Ordrepapiers selbständiges Rechtssubject der Forderung und hat die Verpflichtung nach Erlöschen des Pfandrechtes den bisherigen Pfandschuldner durch Retradition bez. Reindossirung von Neuem zum Subject der Forderung zu machen. Diese formelle Gestaltung des Rechtsverhältnisses führt jedoch nicht soweit, dass wenn der Pfandgläubiger in Concurs fällt, die verpfändeten Papiere der Masse gehören und der Pfandschuldner in Betreff der hyperrocha Concursgläubiger wurde. Im Verhältniss zwischen Pfandschuldner und Pfandgläubiger und folglich auch den Concursgläubigern desselben ist vielmehr das innere Verhältniss massgebend in derselben Weise, wie zwischen Committenten und Commissionär. S. Art. 368, Abs. 2.

rung von dem Verpflichteten oder Veräusserung des Papiers an einen Dritten. **Art. 309.**

Denkbar ist auch die Verpfändung der dem Pfandschuldner aus dem Ordrepapier zustehenden Forderung nach Art der Verpfändung einer anderen Forderung. Der Pfandgläubiger erscheint dann als Procurator des Pfandschuldners, und zwar, soweit seine Forderung gegen diesen reicht, als procurator in rem suam. Er muss sich folglich auch alle Einreden aus der Person desselben entgegen stellen lassen. Ob hierbei das (nicht indossirte) Papier übertragen ist, oder nicht, hat auf das Rechtsgeschäft der Verpfändung keinen Einfluss. Die Uebertragung sichert nur den Pfandgläubiger dagegen, dass der Pfandschuldner das Papier einem Andern indossirt. Geschieht dies, so ist mit dem Wegfall des Forderungsrechtes des Pfandschuldners auch das seines Procurators (des Pfandgläubigers) erloschen, und dasselbe kann auch nicht etwa dadurch gesichert werden, dass der Pfandgläubiger die erfolgte Verpfändung (Cession) dem aus dem betreffenden Ordrepapier Verpflichteten denuntiirt. §. 3.

Art. 310.

Ist die Bestellung eines Faustpfandes unter Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften schriftlich erfolgt, so kann der Gläubiger, wenn der Schuldner im Verzuge ist, sich aus dem Pfande sofort bezahlt machen, ohne dass es einer Klage gegen den Schuldner bedarf. **Art. 310.**

Der Gläubiger hat die Bewilligung hiezu unter Vorlegung der erforderlichen Bescheinigungsmittel bei dem für ihn zuständigen Handelsgerichte nachzusuchen, von welchem hierauf ohne Gehör des Schuldners und auf Gefahr des Gläubigers der Verkauf der verpfändeten Gegenstände oder eines Theils derselben verordnet wird.

Von der Bewilligung, sowie von der Vollziehung des Verkaufs hat der Gläubiger den Schuldner, soweit es thunlich, sofort zu benachrichtigen; unterlässt er die Anzeige, so ist er zum Schadensersatze verpflichtet. Um den Verkauf zu bewirken, ist der Nachweis der Anzeige nicht erforderlich.

Preuss. Entwurf Art. 234. — Entwurf I. Lesung Art. 260. — Entwurf II Lesung Art. 290.

Protok. S. 471 bis 482. — 1335 bis 1337. 1344 f. — 4575.

Art. 310. §. 1. **Absatz 1. 2.** Der Artikel enthält Bestimmungen über die Veräusserung eines Pfandes, welche in vielen Fällen für den Pfandgläubiger vortheilhafter sind, als die entsprechenden Bestimmungen der bürgerlichen Rechte, insofern sie weder vorausgegangene Ausklagung des Pfandschuldners, noch Mahnung desselben, noch Einhaltung einer gewissen Frist vorschreiben. Da jedoch im einzelnen Fall dem Pfandgläubiger die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts vortheilhafter erscheinen können, so ist durch Art. 312, Abs. 2 nachgelassen, auch diese zur Anwendung zu bringen. S. Bemerkungen zu diesem Artikel.

§. 2. Voraussetzung der Berufung auf Art. 310 ist **Schriftlichkeit** der Pfandbestellung. Dazu ist aber nicht Aufnahme einer solennen Urkunde erforderlich, sondern es genügt eine von dem Pfandschuldner (bez. Vertreter desselben) herrührende schriftliche Erklärung, z. B. ein Brief.

§. 3. Competent zur Gewährung der Bewilligung ist das **Handelsgericht des Pfandgläubigers.** Mit diesem forum concurrirt kein anderes forum, namentlich auch nicht das Handelsgericht des Wohnortes des Pfandschuldners, denn es handelt sich hier nicht um Geltendmachung eines Anspruchs durch Klage, für welche allein die Competenz dieser Gerichte begründet ist, sondern um ein neu eingeführtes Rechtsmittel, auf welches die Grundsätze über Verfolgung durch Klage nicht analog angewendet werden können[1]).

§. 4. **Die Anordnung des Verkaufs durch das Handelsgericht** hat nicht die Bedeutung eines rechtskräftigen Erkenntnisses, nicht einmal darüber, ob die Voraussetzung des Art. 310, schriftliche Verpfändung, vorliegt. Die Bestimmung, dass der Richter anzugehen, ist vielmehr nur als Vorsichtsmassregel im Interesse des Schuldners aufzufassen, durch welche bewirkt werden soll:

1. dass es nicht lediglich dem subjectiven Ermessen des Gläubigers anheim gegeben ist, ob die Bedingungen zum Verkauf des Pfandes vorliegen;

2. dass der Verkauf nicht unter Umständen, die für den Schuldner ungünstig sind (Zeit, Ort, Art des Verkaufs), erfolgt;

3. dass die Pfandobjecte nicht in grösserem Umfang, als zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich ist, veräussert werden.

§. 5. Das Gericht hat dem **bescheinigten** Gesuch zu entsprechen. Darüber, ob das Gesuch für bescheinigt zu halten sei, entscheidet nach den Umständen des einzelnen Falls das richterliche Ermessen. Im Allgemei-

1) Anders im Fall des Art. 315.

nen wird nur die formale Begründung des Pfandverhältnisses selbst zu bescheinigen sein. Doch können auch Fälle vorkommen, in welchen von dem Gläubiger zu verlangen ist, dass er die materielle Begründung und die Fortdauer des Pfandverhältnisses, bez. seine Voraussetzungen bescheinige. Namentlich kann der Richter dazu veranlasst werden, wenn das Vorhandensein von Einwendungen aus den zur Bescheinigung vorgelegten Urkunden sich als wahrscheinlich ergiebt. **Art. 310.**

Das Gesetz bestimmt, dass die Verordnung des Verkaufs **ohne Gehör des Schuldners** erfolgt. Damit ist jedenfalls ausgesprochen, dass das Gericht unter keinen Umständen verpflichtet ist, den Schuldner zu citiren. Es entspricht ferner den Worten wie der ratio des Gesetzes, dass das Gericht auch nicht befugt ist, den Schuldner zu citiren, wenn dadurch der Verkauf des Pfandes aufgehalten werden würde. Verursacht aber die Citirung des Schuldners keine Verzögerung, wie das z. B. regelmässig der Fall sein wird, wenn derselbe anwesend ist, so ist weder durch die Worte noch die ratio des Gesetzes dem Gericht die Befugniss den Schuldner zu hören abgesprochen, im Gegentheil dürfte in diesem Fall die Anordnung der Vernehmung desselben dem Geist des Gesetzes entsprechen. Jedenfalls ist das Gericht befugt, ja selbst verpflichtet, die von dem Schuldner ohne Aufforderung vorgelegten Gegenbescheinigungsmittel zu berücksichtigen. §. 6.

Das Gericht kann vor erfolgtem Verkauf die ertheilte Bewilligung wieder zurücknehmen, bez. hinsichtlich der Vornahme des Verkaufs (Zeit, Ort, Art) andere Anordnungen treffen. §. 7.

Verkäufer ist nicht das Gericht, sondern der den Verkauf impetrirende Pfandgläubiger. Der Verkauf erscheint daher immer als Handelsgeschäft. §. 8.

Der auf Anordnung des Gerichts vorgenommene Verkauf ist, sobald das Pfandrecht zu Recht bestand und die Parteien eine anderweite Verabredung nicht getroffen hatten, unanfechtbar, und es kann (abgesehen von der etwaigen Verletzung der in Absatz 3 angeordneten Anzeigepflicht) wegen Benachtheiligung des Schuldners durch die Art und Weise der Vornahme des Verkaufs eine Schadensklage gegen den Pfandgläubiger nicht angestellt werden[2]). Bestand jedoch das Pfandrecht nicht §. 9.

[2]) Die allgemeine Verpflichtung des Pfandgläubigers dafür zu sorgen, dass das Interesse des Pfandschuldners gewahrt werde, wird, sobald ein Decret des Gerichts Betreffs der Veräusserung vorliegt, in tantum aufgehoben.

Dass jedoch eine auf dolus des Pfandgläubigers gestützte Schadensklage nicht ausgeschlossen ist, folgt aus allgemeinen Grundsätzen. Ein dolus des Gläubigers kann auch in einer Erschleichung des Veräusserungsdecrets liegen.

Art. 310. zu Recht, oder ist eine hinsichtlich der Veräusserung vorhandene Uebereinkunft verletzt, so ist der Pfandgläubiger unbedingt zum Schadensersatz verpflichtet. Dem Käufer gegenüber kann jedoch der Kauf nach Art. 306 nur, wenn dieser in bösem Glauben war, angefochten werden. Böser Glauben ist hier namentlich vorhanden, wenn der Käufer das Fehlen einer der Voraussetzungen der Rechtmässigkeit des Verkaufs kannte.

§. 10. Ist, ohne dass die Voraussetzung des Art. 311 vorlag, der Verkauf mit Umgehung des competenten Gerichts vorgenommen, so ist, auch wenn das Pfandrecht zu Recht bestand, der Pfandgläubiger zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Der dritte Erwerber befindet sich in diesem Fall nur dann nicht in mala fide, wenn er annehmen durfte, dass die erste Voraussetzung des Art. 311 (die schriftliche Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner, dass ersterer ohne gerichtliches Verfahren sich aus dem Pfand befriedigen könne) vorliege, und wenn der Verkauf gemäss den Bestimmungen dieses Artikels erfolgt war.

§. 11. Der Artikel enthält keine Bestimmung über den Zuschlag des Pfandes an den Pfandgläubiger. Das Handelsgericht kann daher denselben nicht etwa statt des Verkaufes anordnen, und es gelten für die impetratio dominii überhaupt die Grundsätze des bürgerlichen Rechts.

§. 12. **Absatz 3.** Es entspricht der bona fides, dass der Pfandschuldner wenigstens soweit in den Stand gesetzt wird, seine Interessen zu wahren, als das Interesse des Pfandgläubigers dadurch nicht verletzt wird. Obgleich daher die Anzeige von der erfolgten Bewilligung des Verkaufes nicht formelle Voraussetzung der Rechtsbeständigkeit des Kaufes ist, so wird der Pfandgläubiger doch verpflichtet, diese Anzeige vorzunehmen, **soweit es thunlich ist**, d. h. soweit es ohne Aufwendung aussergewöhnlicher Mühe und grosser Kosten seinerseits geschehen kann. Insbesondere wird also der Pfandgläubiger gehalten sein, einen Brief, unter Umständen auch ein Telegramm, an den Pfandschuldner nach dessen bekanntem oder vermuthetem Aufenthaltsort, bez. an den Bevollmächtigten oder einen Correspondenten desselben zu richten[3]). Nicht aber kann dem Pfandgläubiger zur Schuld angerechnet werden, wenn er mühsame und kostspielige Erkundigungen nach dem Aufenthalt des Schuldners unterlässt. Bei Beurtheilung des Grades und Masses der von dem Pfandgläubiger aufzuwendenden Mühe kommen in Betracht: die muthmassliche Höhe, des Interesse des Schuldners an der Benachrichtigung, der Grad der Wahrscheinlichkeit, dass die Nachricht an denselben gelangt, sowie

[3]) Der Pfandgläubiger hat das Seinige gethan, wenn er den Brief zur Post gegeben; die Gefahr des Briefes trägt der Schuldner.

andererseits der Umstand, ob der Gläubiger für die aufzuwendenden Kosten gedeckt ist, u. s. w. **Art. 310.**

Unterlässt der Gläubiger die vorgeschriebene Anzeige, so wird er dem Schuldner schadensersatzpflichtig. Durch unterlassene rechtzeitige Anzeige der Verkaufsbewilligung kann der Schuldner namentlich insofern Schaden erleiden, als er bei rechtzeitiger Benachrichtigung den Verkauf hätte abwenden oder einen günstigeren Erfolg desselben hätte erlangen können. Dass aus der Unterlassung der rechtzeitigen Anzeige von der Vollziehung des Kaufes ein Schaden hervorgehe, ist nur unter besonderen Umständen denkbar, z. B. wenn der Verkauf mit einem pactum de retroemendo abgeschlossen ist, oder wenn der Schuldner über die verpfändeten Waaren anderweit disponirt hatte und daher genöthigt ist andere Waaren anzuschaffen, dieselben aber in der Zeit kurz nach dem Verkauf wohlfeiler hätte anschaffen können, als später, wo er von dem Erfolg des Verkaufs verspätete Nachricht erhielt. §. 13.

Das Gericht hat sich nicht darum zu bekümmern, ob die Anzeige erfolgt ist oder nicht; ja es hat bei Ansetzung des Verkaufstermins keine Rücksicht darauf zu nehmen, dass dem Pfandschuldner die Möglichkeit das Pfand einzulösen gewährt werde, sobald nicht das Hinausschieben des Verkaufstermins sich als den Interessen des Pfandgläubigers völlig unnachtheilig herausstellen sollte. §. 14.

Diesem Artikel entsprechende Bestimmungen enthalten die Artikel 375, 387, 407, Abs. 4. §. 15.

Art. 311.

Wenn die Bestellung eines Faustpfandes unter Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften erfolgt, und schriftlich vereinbart ist, dass der Gläubiger ohne gerichtliches Verfahren sich aus dem Pfande befriedigen könne, so darf, wenn der Schuldner im Verzuge ist, der Gläubiger das Pfand öffentlich verkaufen lassen; er darf in diesem Falle, wenn die verpfändeten Gegenstände einen Börsenpreis oder Marktpreis haben, den Verkauf auch nicht öffentlich durch einen Handelsmäkler oder in Ermangelung eines solchen durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten zum laufenden Preise bewirken. Von der Vollziehung des Verkaufs hat der Gläubiger den Schuldner, soweit es thunlich, sofort zu benachrichtigen; bei Unterlassung der Anzeige ist er zum Schadensersatze verpflichtet. **Art. 311.**

Art. 311. Preuss. Entwurf Art. 235. — Entwurf I. Lesung Art. 261. — Entwurf II. Lesung Art. 291. 292.

Protok. S. 482 bis 493. — 1337 bis 1339. 1419 f. — 4575 f.

§. 1. Der Artikel erkennt unter der Voraussetzung, dass die Pfandbestellung unter Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften erfolgt, die in einzelnen Rechtssystemen[1]) nicht anerkannte Vereinbarung, dass der Gläubiger auch ohne gerichtliches Verfahren sich aus dem Pfand befriedigen könne, insoweit als wirksam an, dass der Gläubiger durch dieselbe befugt wird, das Pfand je nach dessen Beschaffenheit öffentlich oder auch nicht öffentlich, jedoch durch eine qualificirte Person verkaufen zu lassen. Es ist gleichgültig, ob die Vereinbarung auf diese Art der Befriedigung gerichtet war, oder dem Gläubiger noch eine weitere Befugniss oder ob ihm überhaupt eine weiter gehende Befugniss eingeräumt war, z. B. durch Hinzufügung eine lex commissoria. Eine solche Bestimmung enthält die Befugniss zum Verkauf ohne gerichtliches Verfahren als das minus in sich.

§. 2. **Oeffentlich verkaufen.** In welcher Weise der öffentliche Verkauf stattzufinden habe, ist nicht bestimmt. Es entscheidet hier die Ortsüblichkeit. Bestehen örtliche Verordnungen über die Vornahme von Versteigerungen, so ist diesen gemäss zu verfahren. Sind solche nicht erlassen, bestehen aber Anstalten zum Zweck der Vornahme von Versteigerungen, so hat sich der Gläubiger in der Regel derselben zu bedienen. Es muss ihm jedoch auch die anderweite Vornahme einer Versteigerung nachgelassen werden, wenn diese dieselbe Garantie hinsichtlich der Erlangung eines möglichst hohen Kaufpreises, namentlich durch Herbeiziehung vieler Kauflustiger, bietet.

§. 3. **Börsenpreis oder Marktpreis,** s. unten, Zusatz zu diesem Artikel.

§. 4. An welchem Ort der öffentliche oder nicht öffentliche Verkauf vorzunehmen ist, bestimmt das Gesetz nicht. Zunächst entscheidet darüber die Uebereinkunft der Parteien. Sind diese hierüber nicht ausdrücklich übereingekommen, und lässt sich ihre Absicht nicht aus anderen Gründen entnehmen, so ist anzunehmen, dass diese dahin gegangen sei, dass der Verkauf an dem Ort, wo das Pfandobject sich befindet, stattfinden solle, oder an dem nächstliegenden dazu geeigneten Handelsplatz. Da der Gläubiger nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen verpflichtet ist, beim Verkauf

[1]) Code Napoléon, art. 2078.

des Pfandes das Interesse des Schuldners, insoweit dies ohne Benachtheiligung seines eigenen Interesses möglich ist, zu wahren, so wird er, wenn er zwischen mehreren Verkaufsplätzen wählen kann, den für den Schuldner präsumtiv günstigsten zu wählen haben. Dasselbe gilt von der Bestimmung der Verkaufszeit und der Wahl der mit dem Verkauf zu beauftragenden Mittelsperson (Handelsmäkler, Beamten). **Art. 311.**

§. 5. Der Pfandgläubiger kann das Pfand bei der öffentlichen Versteigerung selbst erstehen, bez. dasselbe zum Börsen- und Marktpreis selbst übernehmen, muss jedoch im letzteren Fall einen Handelsmäkler bez. Beamten zuziehen (vergl. Protok. S. 485) und haftet, wenn ihm die Möglichkeit einer höheren Verwerthung bei Verkauf an einen Dritten nachgewiesen wird, für den Preisunterschied.

§. 6. **Von der Vollziehung des Verkaufs** u. s. w. s. Bemerkungen zu Ark. 310, §. 12. ff.

Zusatz.

Ueber Börsenpreis und Marktpreis.

Zusatz. §. 1. Das Gesetzbuch bezieht sich in verschiedenen Stellen auf den „Börsen- und Marktpreis". In den Art. 311. 343. 348, Abs. 5. 354. 357, Abs. 1. 365, Abs. 3. 366 wird der Umstand, dass eine Waare einen Marktpreis hat, als Voraussetzung der Befugniss eines Dritten bezeichnet, die für den Eigenthümer vorgenommene Veräusserung auch nicht öffentlich vorzunehmen. In den Art. 357, Abs. 3. 612. 613. 614. 713. 721. 879 wird der Marktpreis der Berechnung des Schadens zu Grunde gelegt. Art. 353 enthält einen Interpretationssatz für den Fall, dass der Marktpreis in einem Vertrag als Kaufpreis bestimmt ist. Art. 357, Abs. 2 enthält in Betreff fixer Lieferung eine besondere Bestimmung für den Fall, dass die zu liefernde Waare einen Marktpreis habe. Art. 376 macht die Befugniss des Commissionärs von eigenem Lager zu liefern oder auf eigenes Lager zu übernehmen davon abhängig, ob die betr. Waaren einen Börsenpreis oder Marktpreis haben. —

§. 2. Der preussische Entwurf enthält in Art. 64, Abs. 2. 3. Art. 68 allgemeine Bestimmungen über die Feststellung der laufenden Preise und Course. Diesen wurde in erster Lesung die Aufnahme in das Gesetz versagt. S. o. Zusatz 3 zu Buch I, Tit. 7. S. 202 f.

In zweiter Lesung wurde dagegen ein besonderer Artikel angenommen (Protok. S. 1394 bis 1399), durch welchen die Voraussetzung, dass eine Waare einen Marktpreis habe, in folgender Weise bestimmt wird.

Zusatz. Art. 288 (des Entw. II. Lesung).

„In allen Fällen, in welchen dieses Gesetzbuch eine Berechtigung oder eine Verpflichtung davon abhängig macht, dass eine Waare einen Börsenpreis oder Marktpreis habe, wird dazu erfordert, dass der laufende Preis oder Cours dieser Waare an dem Orte oder an dem für denselben massgebenden Handelsplatz nach dafür bestehenden örtlichen Einrichtungen festgestellt zu werden pflegt."

§. 3. In dritter Lesung wurde der Artikel, als den Begriff des Marktpreises zu eng fassend, gestrichen (Protok. S. 4571 bis 4575).

An einem ganz bestimmten leicht fassbaren Anhaltspunkt fehlt es also, und es kann im einzelnen Fall schwierig sein zu bestimmen, ob die Voraussetzung des Artikels vorliegt. In den meisten Fällen dagegen und an den meisten Orten werden erhebliche Zweifel nicht auftauchen. Leitend bei der Untersuchung sind folgende Momente.

„Ueber die Waare, welche einen Markt- oder Börsenpreis an einem Ort haben soll, muss eine erhebliche Anzahl von Geschäften an diesem Ort geschlossen worden sein, so dass an diesem Ort ein gemeiner Preis oder Durchschnittspreis für diese Waare besteht, welchen man mit Sicherheit als von den besondern Verhältnissen der Contrahenten und von den sonstigen speciellen Umständen eines einzelnen oder weniger einzelner Geschäfte unabhängig betrachten kann. Alsdann kann man den Ort begrifflich als einen Markt für die Waare bezeichnen und von dem laufenden Preis dieses Marktes sprechen, und alsdann lässt es sich auch rechtfertigen (in den Fällen, in welchen das Gesetz Erleichterungen der Veräusserung statuirt) eine Garantie für den Contrahenten in der Offenkundigkeit des Markt- oder Börsenpreises zu finden" [1]).

§. 4. Art. 353 behandelt den Fall, „wenn im Vertrag der Marktpreis oder der Börsenpreis als Kaufpreis bestimmt ist". Die Bestimmungen dieses Artikels sind auf Fälle der oben angeführten Artikel nicht unbedingt anwendbar, da ein ganz anderes Verhältniss vorliegt, doch können aus Art.

[1]) Worte Heimsoeth's in der Darstellung des Verhältnisses der Erinnerungen gegen den Entwurf zweiter Lesung zu den bisherigen Verhandlungen bei der Conferenz (als Manuscript gedruckt, unvollendet) S. 87. Zu Monitum 292 bis 294. Hieran schliesst sich folgende für die Aufrechterhaltung des Art. 288 vorgebrachte Bemerkung: „Indessen ist es schwerlich geeignet, eine unmittelbare Anwendung des dargestellten abstracten Begriffs zu statuiren, so dass die Contrahenten und der Richter zu ermessen hätten, ob in einem gegebenen Fall dieser Begriff thatsächlich zutreffend vorhanden sei, wie gross die Anzahl der am Ort geschlossenen Geschäfte, wie frei von Specialitäten und wie offenkundig dieselben sein müssen, damit ein Marktpreis der Waare angenommen werden könne. Diese Unbestimmtheit ist mehr als bedenklich. Es empfiehlt sich daher zur Befriedigung des praktischen Bedürfnisses dringend, dass im Gesetz ein äusseres Kennzeichen dafür gegeben werde."

353 Anhaltspunkte für die Beurtheilung jener Fälle entnommen werden. **Zusatz.** Auch in ihnen wird, wenn am Verkaufsort oder an dem für den letzteren massgebenden Handelsplatz [2]) nach den dafür bestehenden örtlichen Einrichtungen ein laufender Preis festgestellt ist, dieser Preis zunächst als massgebend anzusehen sein, d. h. wenn um diesen Preis verkauft ist, so wird der Gläubiger auch dann nicht verantwortlich, wenn sich herausstellen sollte, dass der notirte Marktpreis nicht dem wirklichen Mittelpreis entspricht, sobald nur der Gläubiger diesen Umstand nicht kannte oder kennen musste. Wird unter dem notirten Preis verkauft, so hat der Verkäufer den Beweis, dass der notirte Preis unrichtig und der erzielte der wahre Mittelpreis ist, zu führen. Ebenso hat er diesen Beweis zu führen, wenn es an einer Feststellung der angeführten Art fehlt, oder diese nicht genügend präcisirt, namentlich ohne Berücksichtigung der Qualität nach einem weit von einander liegenden Minimum und Maximum bestimmt ist. Da das Gesetz jedoch ausdrücklich bestimmt, dass der Gläubiger den Verkauf durch einen Handelsmäkler bez. Beamten ausführen lassen soll, so hat man sich, wenn dies geschehen, oft mit dem Nachweis zu begnügen, dass der mit dem Verkauf beauftragte Mäkler oder Beamte dem Gläubiger den erzielten Preis als den wirklichen laufenden Preis bezeichnet hat, unter Nachlassung des Gegenbeweises des dolus oder der culpa des Gläubigers.

Die Vornahme des Verkaufs durch einen Handelsmäkler oder einen §. 5. zur Versteigerung befugten Beamten ist im Interesse des Schuldners angeordnet. Diese Personen handeln beim Verkauf in ihrer amtlichen Eigenschaft [3]) und haben das Interesse des Schuldners zu wahren. Sie sind demselben verantwortlich, wie ihrem unmittelbaren Auftraggeber, haften ihm daher namentlich, wenn sie schuldhaft unter dem wirklichen Mittelpreis verkauft haben. Vergl. Art. 81 [4]).

Art. 312.

Durch die vorhergehenden Artikel werden die den öffentlichen Pfandanstalten, Creditinstituten oder Banken durch Gesetze, Verordnungen oder Statuten verliehenen besonderen Rechte in Betreff der Bestellung oder Veräusserung von Pfändern nicht berührt. **Art. 312.**

[2]) Ein solcher massgebender Handelsplatz ist nicht immer vorhanden. Im einzelnen Fall ist zu untersuchen, ob es einen solchen giebt oder nicht.

[3]) Der Verkauf durch einen Privatmäkler entspricht nicht den Bestimmungen der betreffenden Artikel. S. o. Zusatz 2 zu Buch I. Titel 7, §. 5, S. 201.

[4]) In den Bemerkungen zu Art. 81 am Ende muss es heissen: s. o. Vorbemerkung §. 6.

Art. 312. Ingleichen ist durch die vorhergehenden Artikel nicht ausgeschlossen, dass die Bestellung oder die Veräusserung von Faustpfändern unter Kaufleuten für Forderungen aus Handelsgeschäften rechtsgültig geschehen kann, wenn dabei die in den einzelnen Staaten für die Bestellung oder Veräusserung von Faustpfändern geltenden Bestimmungen beobachtet werden.

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung: fehlt. — Entwurf II. Lesung Art. 293.

Protok. S. 493. 1335 bis 1337. 1344 f. 1420.

§. 1. Die beiden Bestimmungen dieses Artikels haben eine verschiedene Tragweite.

Absatz 1 bestimmt, dass die Vorschriften über den Verkauf der gewissen Anstalten bestellten Pfänder durch die Art. 309 bis 311 „nicht berührt würden“, d. h. dieselben bleiben ihrem ganzen Inhalt nach bestehen, auch in soweit sie von ihrer eigenen Anwendbarkeit handeln. Wenn und soweit also diese Bestimmungen ausschliesslicher Natur sind, können die Bestimmungen der genannten Artikel gar nicht zur Anwendung kommen, sind jenen Anstalten Abweichungen von den allgemeinen Bestimmungen nur gestattet, so kann auch Betreffs der ihnen bestellten Pfänder nach dem durch dies Gesetzbuch angeordneten Verfahren vorgegangen werden.

§. 2. **Absatz 2** stellt die Bestimmungen des Gesetzbuchs und die des allgemeinen bürgerlichen Rechts neben einander, so dass, wer die Rechtsgültigkeit der Bestellung oder der Veräusserung eines unter Kaufleuten für Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften bestellten Pfandes behauptet, sich auf die Bestimmungen des einen oder des andern Rechts berufen kann. Erforderlich ist jedoch, dass die Bestimmungen des einen oder des andern Rechts in ihrer Totalität befolgt sind. Dadurch ist aber nicht ausgeschlossen, dass das nach dem einen Recht gültig bestellte Pfand unter Befolgung der Vorschriften des andern Rechts veräussert wird, noch dass der Pfandgläubiger, welcher mit der Vornahme der Veräusserung nach den Vorschriften des einen Rechts begonnen hatte, diesen Weg verlässt und den von dem andern Recht vorgeschriebenen einschlägt. Ob und wie weit in einem solchen Fall die aufgelaufenen Kosten von ihm zu tragen oder zu erstatten sind, richtet sich nach den Umständen des einzelnen Falls.

Art. 313.

Ein Kaufmann hat wegen der fälligen Forderungen, welche ihm gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht (Retentionsrecht) an allen beweglichen Sachen und Werthpapieren des Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gekommen sind, sofern er dieselben noch in seinem Gewahrsam hat oder sonst, insbesondere vermittelst Connossemente, Ladescheine oder Lagerscheine noch in der Lage ist, darüber zu verfügen. **Art. 313.**

Dieses Recht tritt jedoch nicht ein, wenn die Zurückbehaltung der Gegenstände der von dem Schuldner vor oder bei der Uebergabe ertheilten Vorschrift oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit den Gegenständen zu verfahren, widerstreiten würde.

Preuss. Entwurf Art. 233. — Entwurf I. Lesung Art. 262. — Entwurf II. Lesung Art. 294, Abs. 1. 2.

Protok. S. 454 bis 470. — 1339 bis 1357. 1420 bis 1424. — 4577 f. 5074 bis 5076.

Vorbemerkung. Das in dem Gesetzbuch anerkannte, bez. neu geschaffene kaufmännische Retentionsrecht beruht auf demselben Grundgedanken, aus welchem das Retentionsrecht des römischen Rechts hervorgegangen ist, aus welchem Grundgedanken sich aber auch die Lehre von der Compensation entwickelt hat. Wie diese beiden Institute enthält es eine besondere Formulirung der exceptio doli. Seine eigenthümliche Ausbildung verdankt es der im kaufmännischen Verkehr herrschenden Anschauung, nach welcher in diesem jede Sache und jede Leistung als Werthobject in Betracht kommt. Dadurch ist die Ausdehnung der Voraussetzungen des kaufmännischen Retentionsrechts gegenüber denen des gemeinrechtlichen Retentionsrechts motivirt, dadurch aber auch die Möglichkeit der Befriedigung des Retinenten aus der retinirten Sache gegeben. So steht das neue Institut in der Mitte zwischen dem römischen Retentionsrecht und der Compensation. Aber auch das Pfandrecht sowie die Arrestlegung gehen von der Auffassung der Sache als Werthobject aus, auch sie bezwecken die Sicherung und eventuelle Befriedigung des Gläubigers: es konnte daher nicht fehlen, dass das neue Institut bei seiner Ausbildung im Einzelnen auch ihnen sich annäherte und dass Sätze aus diesen §. 1.

Art. 313. Instituten in das neue Institut vom Gesetz herüber genommen wurden; es folgt daraus aber auch weiter, dass die Doctrin auf analoge Anwendung solcher Sätze hingewiesen ist.

§. 2. Das neue Institut hebt das Retentionsrecht des allgemeinen bürgerlichen Rechts nicht auf. Auch dieses kann, soweit seine Voraussetzungen vorliegen, im Handelsverkehr vorkommen, z. B. zwischen Kaufleuten wegen solcher Forderungen, welche nicht aus beiderseitigen Handelsgeschäften entsprungen sind, oder in Betreff solcher Sachen, welche nicht auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gekommen sind, ferner zwischen Nichtkaufleuten u. s. w. In wieweit durch das neue Institut das particularrechtlich vorkommende qualificirte Retentionsrecht aufgehoben ist, lässt sich im Allgemeinen nicht bestimmen.

§. 3. **Entstehung der Artikel 313 bis 316.** Der preussische Entwurf enthält in Art. 233 die Bestimmung:

Das kaufmännische Faustpfand haftet auch für alle Forderungen aus Handelsgeschäften, welche nach der Bestellung des Pfandes und vor Tilgung der Forderung, wofür es bestellt ist, entstehen.

In erster Lesung wurde beantragt, an Stelle dieses Artikels „Bestimmungen anzunehmen, wie sie dem §. 50 des revidirten österreichischen Entwurfs entsprächen". (Protok. S. 454 f.) Dieser §. 50 lautet:

„Protokollirten Handelsleuten kommt für alle ihnen aus Handelsgeschäften entspringenden Forderungen auf Waaren und anderes bewegliches Vermögen ihres Schuldners, welches durch Handelsaufträge oder auf andere rechtmässige Weise in ihre Innehabung gekommen ist, das gesetzliche Pfandrecht zu, daraus unbeschadet früherer Ansprüche dritter Personen, vorzugsweise ihre Befriedigung zu erlangen, anderen Gläubigern kann darauf nur in Ansehung des Restes, welcher nach Berichtigung dieser Handelsforderungen erübrigt, mit Wirksamkeit Verbot oder Execution ertheilt werden."

Diese Bestimmungen wurden angenommen, aber durch eine Anzahl weiterer Beschlüsse in mehrfacher Weise modificirt und die Streichung des Art. 233 des preussischen Entwurfs beschlossen (Protok. S. 457 bis 470). Im Entwurf erster Lesung lauten die angenommenen Bestimmungen:

Art. 262.

„Ein Kaufmann hat wegen seiner aus Handelsgeschäften entspringenden Forderungen ein gesetzliches Pfandrecht auf

alle beweglichen Vermögensstücke des Schuldners, welche mit dessen Wissen und Willen in seinen Besitz (Innehabung) gekommen sind und sich noch in seinem Gewahrsam befinden, insofern nicht die Parteien über das Gegentheil ausdrücklich oder stillschweigend übereingekommen sind." **Art. 313.**

In zweiter Lesung wurde der Artikel wesentlich abgeändert, und es wurden die Bestimmungen angenommen, wie sie sich in den Artikeln 313 bis 316 des Gesetzbuchs finden (Protok. S. 1339 bis 1357. 1420 bis 1424), mit Ausnahme einzelner erst in dritter Lesung (Protok. S. 4577 f. 5074 bis 5076) vorgenommenen Abänderungen, bei welcher Gelegenheit auch der eine Artikel 294 in vier Artikel zerlegt wurde.

Absatz 1. I. Voraussetzungen des kaufmännischen Retentionsrechtes §. 4.

1. hinsichtlich der Forderung, wegen welcher retinirt wird.

a) Forderungen. Nicht bloss Geldforderungen. Der Gegenstand der Forderung ist gleichgültig.

b) Fällige Forderungen. Die Fälligkeit muss vorhanden sein im Augenblick, wo das Retentionsrecht ausgeübt, also namentlich die Herausgabe der betreffenden Sache verweigert wird. Ausnahme in Art. 314, Abs. I. Ueber den Fall, wenn der das Retentionsrecht geltend machende Inhaber in mora restituendi war s. u. §. 9.

Besonders wichtig ist die Frage nach dem Zeitpunkt, von welchem an der Acceptant eines Wechsels das Retentionsrecht an Sachen des Trassanten geltend machen kann[1]). Diese Frage ist dahin zu beantworten: Geht aus der Acceptation gegen den Trassanten bez. gegen denjenigen, für dessen Rechnung die Tratte gezogen ist, eine Forderung auf Deckung hervor[2]), und ist nicht Credit gegeben (auf Credit trassirt), so ist diese Forderung im Augenblick der vorgenommenen Annahme, nicht erst nach erfolgter Zahlung fällig. Denn es muss im Zweifel angenommen werden, dass der Trassat den ausdrücklich ertheilten oder implicite in der Tratte empfangenen Auftrag zu acceptiren nicht in der Absicht angenommen und erfüllt hat, um für den Trassanten oder denjenigen, für dessen Rechnung die Tratte gezogen ist, durch die Zahlung in Vorschuss zu gehen, sondern dass er vielmehr von der Voraussetzung ausging und nach der Auffassung des Verkehrs ausgehen durfte, dass er von Seiten des Trassanten oder sonstigen Interessenten in den Stand gesetzt

[1]) Frühere Particulargesetze, welche das qualificirte Retentionsrecht anerkennen, geben dies entweder nur dem Acceptanten oder stellen wenigstens diesen Fall als den hauptsächlichsten auf. An manchen Orten generalisirte die Praxis dies Recht. (S. Protok. S. 455. 1339 f.) — [2]) Dies ist der Fall, wenn nicht auf Schuld trassirt und keine Deckung beschafft ist.

Art. 313. werde, die in dessen Interesse übernommene selbständige Wechselverpflichtung zu erfüllen, d. h. dass er vor Verfall Deckung erhalten. Dies gilt auch vom Ehrenacceptanten.

Die Forderungen aus dem Wechsel auf Zahlung oder Rembours sind jedoch erst vom Eintritt des Verfalltags, bez. von der Einlösung des nothleidenden Wechsels an fällig.

c) Die Forderung muss bestehen zwischen Kaufmann und Kaufmann und hervorgegangen sein aus einem

d) beiderseitigen Handelsgeschäfte, s. o. Vorbemerkung zu Abschnitt 1, §. 4, S. 2. Das Geschäft muss auf beiden Seiten Handelsgeschäft sein. Wegen einer Forderung aus einem einseitigen Handelsgeschäft, z. B. Lieferung von Lebensmitteln für den Hausbedarf eines Kaufmanns, von Pferden für seine Privatequipage kann nicht retinirt werden. Das beiderseitige Handelsgeschäft muss aber auch

§. 5. e) zwischen Gläubiger und Schuldner geschlossen sein. Dadurch ist die Retention wegen cedirter Forderungen ausgeschlossen.

Zwar wurde nach den Protokollen S. 1422 die jetzige Fassung „in dem Sinne angenommen, dass cedirte Forderungen keineswegs gänzlich ausgeschlossen seien.“ „Es gehöre hierher (d. h. falle unter den Artikel) z. B. immer noch der Fall, wenn die Veranlassung zum Erwerb der cedirten Forderung ein zwischen dem Cessionar und dem debitor cessus abgeschlossenes Handelsgeschäft war.“ Diese Interpretation ist jedoch irrig: sie lässt sich mit den Worten des Gesetzes nicht vereinigen. Wenn nämlich der Schuldner mit einem Dritten dahin übereinkommt, dass derselbe sich (z. B. um die Ausklagung oder Execution des Schuldners abzuwenden) von dem Gläubiger gegen Zahlung der Valuta die Forderung cediren lasse, und diese Cession hierauf erfolgt, so ist jene Uebereinkunft allerdings die Veranlassung zur Cession gewesen, der Cessionar hat aber seine Forderung gegen den Schuldner keineswegs aus dieser Uebereinkunft erworben, sondern lediglich aus dem zwischen dem Cedenten und dem debitor cessus ursprünglich abgeschlossenen Geschäft. Folglich findet, auch wenn jene Uebereinkunft ein beiderseitiges Handelsgeschäft war, das Retentionsrecht nicht Anwendung. Damit es Anwendung finden könne, muss statt einer besonderen Uebereinkunft und darauf folgenden Cession eine Uebereinkunft zwischen allen drei Interessenten in der Art stattfinden, dass der Schuldner dem Dritten dasjenige zahlen zu wollen verspricht, was er dem bisherigen Gläubiger schuldig ist, und dass dieser ihn (gegen Empfang der Valuta von dem Dritten) seiner Verpflich-

tung entlässt (Delegation). In diesem Fall beruht die Obligation auf dem zwischen dem Dritten und dem Schuldner abgeschlossenen Vertrag. Ist dieser ein Handelsgeschäft und sind die Contrahenten Kaufleute, so findet Art. 313 Anwendung und es ist völlig gleichgültig, ob die ursprüngliche Forderung ein Handelsgeschäft war oder nicht. — Ganz dasselbe gilt, wenn der debitor cessus dem Cessionar gegenüber ein constitutum debiti proprii vorgenommen hat. **Art. 313.**

Die Forderung des Indossatars eines Wechsels oder eines sonstigen einen regressus per saltum begründenden Ordrepapiers gegen den Aussteller und früheren Indossanten, sowie des Indossatars jedes Ordrepapiers gegen den Acceptanten ist als auf einem zwischen den Parteien abgeschlossenen Geschäft beruhend zu betrachten, ebenso die Forderung des Inhabers eines Inhaberpapiers gegen den Aussteller. Ob dasselbe ein Handelsgeschäft auf Seiten des Verpflichteten ist, richtet sich bei dem Inhaberpapier, sobald dasselbe massenhaft emittirt ist, nach dem die Ausstellung veranlassenden Grund, bei dem für einen einzelnen Fall ausgestellten nach dem Vertrag mit dem ersten Nehmer. Bei dem Wechsel und sonstigem Ordrepapier ist für den Aussteller und Indossanten das Rechtsgeschäft mit dem unmittelbaren Nehmer massgebend, für den Acceptanten das dem Accept zu Grunde liegende Geschäft. Für den Berechtigten ist das Geschäft, durch welches er das Papier erwarb, bestimmend. Die Schwierigkeit der Untersuchung dieser Umstände wird jedoch fast völlig beseitigt durch die Qualität der betreffenden Personen als Kaufleute und die Präsumtion des Art. 274. §. 6.

2. Hinsichtlich der zu retinirenden Sachen. §. 7.

a) Sachen. Körperliche Sachen, nicht Rechte, soweit diese nicht durch ihre Verbindung mit Papieren unter den Begriff der Werthpapiere fallen. Ueber diesen Begriff s. Bemerkungen zu Art. 271, §. 5. Auch Beweisdocumente können Gegenstand des Retentionsrechtes sein. Will man diese nicht unter die Werthpapiere rechnen, deren Begriff man dann allerdings weiter fassen müsste, als im Art. 271, so fallen sie jedenfalls unter die beweglichen Sachen. Dass diese Documente nicht wohl verkauft werden können, hindert nicht, dass dieselben retinirt werden.

Auch Geld kann retinirt werden, und es kann unter Umständen dem Gläubiger vortheilhafter sein, wenn er in der Lage ist, wegen seiner Forderung das Geld des Schuldners zu retiniren, als wenn er auf die Möglichkeit der Compensation beschränkt wäre, nämlich wenn seine Forderung die Compensation nicht zulässt. Voraussetzung der Retention von Geld ist aber, dass es nicht als Summe in Betracht kommt, wofür allerdings, wenigstens im kaufmännischen Verkehr, die Vermuthung §. 8.

Art. 313. spricht, und welche Eigenschaft ihm der Empfänger allein nicht entziehen kann. Wird z. B. der Kaufmann A vom Kaufmann B beauftragt, für ihn bei einem Dritten Geld zu erheben und es ihm zukommen zu lassen, so wird im Zweifel anzunehmen sein, dass eine doppelte Zahlung beabsichtigt, das Geld also in das Eigenthum des A übergegangen ist. In diesem Fall hat also A nur die Möglichkeit der Compensation mit der Forderung, welche ihm selbst an B zusteht, und wenn er auch das empfangene Geld in natura aufbewahrt hat, so kann er doch daran kein Retentionsrecht ausüben wollen, denn dies setzte voraus, dass das zwischen A und B eingegangene Geschäft dahin gegangen sei, dass A die von dem Dritten ihm ausgezahlten Münzen dem B übermachen solle. — Ging hingegen die Absicht der Parteien dahin, dass das Geld nur als Geldstücke in Betracht kommen solle, waren z. B. eingesiegelte Geldstücke deponirt worden, dann ist Retention und nicht Compensation möglich. Ist es in die Willkür des Empfängers gestellt, in welcher Weise er das an ihn gelangte Geld auffasse, so kann er auch zwischen Retention und Compensation wählen.

§. 9. b) Sachen des Schuldners d. h. zunächst im Eigenthum des Schuldners stehend. Hat der Schuldner eine fremde Sache für seine eigene ausdrücklich erklärt oder den Gläubiger dies anzunehmen veranlasst, so kann er dem retinirenden Gläubiger gegenüber sich nicht darauf berufen, dass die Sache eine fremde sei. Gegen den dritten Eigenthümer kann natürlich das Retentionsrecht nicht geltend gemacht werden. Hat jedoch der Gläubiger auf erhobene Klage durch Urtheil ein wirkliches Pfandrecht (pignus judiciale s. Bemerkungen zu Art. 315, §. 4) an der Sache erlangt, und war er zu dieser Zeit in bona fide, so kommt Art. 306, Abs. 2 zur Anwendung.

§. 10. c) Die Sache muss mit des Schuldners Willen in den Besitz des Gläubigers gekommen sein. Dadurch ist eigenmächtige Besitzergreifung und Uebertragung von Seiten eines Dritten ohne Zustimmung des Eigenthümers ausgeschlossen, aber auch irrthümliche Uebertragung durch den Eigenthümer. Die Zustimmung zu der von einem Dritten vorgenommenen Uebertragung muss der Gläubiger beweisen, während bei Uebertragung durch den Schuldner selbst diesen der Beweis des Irrthums trifft.

Das Gesetz erwähnt nur, dass die Erwerbung des Besitzes mit Willen des Schuldners erfolgt sein müsse. Allein es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, dass auch die Fortdauer dieses Willens dann in Betracht kommt, wenn dieser Wille auf Fortbestand des Rechtsverhältnisses, auf dessen Grund der Besitz erworben wurde, von Einfluss ist.

Kann das Rechtsverhältniss durch Willenserklärung des Schuldners aufgehoben werden, so genügt, nachdem diese Erklärung erfolgt und die Sache zurückgefordert ist, der nunmehr gegen den Willen des Schuldners (und nicht mehr auf Grund von Handelsgeschäften) ausgeübte Besitz nicht zur neuen Begründung eines Retentionsrechts. Beispiel. Der Schuldner hat eine Sache bei seinem Gläubiger deponirt oder demselben in Verkaufscommission gegeben und fordert sie vor Eintritt der Forderung des Gläubigers zurück [3]). Der Gläubiger verweigert die Herausgabe und behält die Sache bis zum Eintritt der Fälligkeit seiner Forderung zurück in der Absicht, nunmehr sein Retentionsrecht auszuüben. Dies ist unzulässig. Bestreitet der Gläubiger nach erfolgter Kündigung die Verpflichtung zur Herausgabe aus anderen Gründen, stellen diese sich aber als unbegründet heraus, so gilt dasselbe, wenngleich das Erkenntniss erst nach eingetretener Fälligkeit der Forderung ergangen ist. **Art. 313.**

Für den angeführten Fall wird es übrigens wichtig, genau zu untersuchen, ob nicht etwa bei Uebertragung der betr. Sache an den Gläubiger eine Pfandbestellung beabsichtigt war und stillschweigend erfolgt ist. Nicht selten bezeichnet man eine Verpfändung nur mit allgemeinen Ausdrücken, z. B. Deckung, oder gar mit dem Namen eines andern Geschäfts, z. B. Depositum. Aus den Umständen, z. B. daraus, dass der Gläubiger sich vorher geweigert hatte, Blancocredit zu geben oder aus der Bestimmung der Dauer des Depositums, kann erhellen, dass das Depositum in der That ein Pfand sein sollte, welches als solches auch für nicht fällige Forderungen haftet. Für welche Forderungen dasselbe bestimmt war, ist im einzelnen Fall zu untersuchen. §. 10.

d) Die Sache muss auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gekommen sein, d. h. Handelsgeschäfte müssen die Veranlassung dazu geworden sein, dass die Sache in den Besitz des Gläubigers kam. Der einfachste Fall ist, dass der Schuldner selbst die Sache dem Gläubiger übergeben hatte, entweder um ein Handelsgeschäft zu erfüllen (z. B. locatio conductio, commodatum, pignus, auch Verkauf ohne Zahlung und Creditirung des Kaufpreises), oder um die Möglichkeit der Erfüllung eines Handelsgeschäftes zu gewähren (z. B. Mandat, speciell Commission und Spedition, Frachtvertrag, Depositum). Es kann aber auch vorkommen, dass der Gläubiger die Sachen des Schuldners durch einen Dritten erhält, der weder im Namen, noch selbst im Auftrag des Schuldners handelt (wenn es auch mit dessen Willen geschehen muss) §. 11.

[3]) Anders natürlich bei Rechtsverhältnissen, welche nicht einseitig gekündigt werden können, z. B. Miethe, bez. auch Commodat.

Art. 313. und zwar lediglich auf Grund eines mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäfts, z. B. der Dritte deponirt die vom Schuldner gemiethete Sache bei dem Gläubiger [4]). Der Gläubiger kann aber auch bei der Besitzerwerbung der Sache des Schuldners den animus haben, negotia des Schuldners zu geriren, z. B. er löst dieselbe vom Pfandgläubiger ein (und der Schuldner ratihabirt oder muss ratihabiren).

§. 12. Für welche dieser Geschäfte ist nun das Requisit, dass sie Handelsgeschäfte seien, vorgeschrieben?

In den letzten Fällen ist wohl so viel unbezweifelbar, dass das Geschäft, auf dessen Grund die Sache an den Gläubiger gekommen ist, ein Handelsgeschäft sein muss [5]). Muss aber auch das Geschäft, auf dessen Grund die Sache aus der Hand des Schuldners gekommen ist, Handelsgeschäft gewesen sein, oder müssen sogar alle etwa dazwischen liegenden Geschäfte diese Eigenschaft haben? Diese Frage ist identisch mit der Frage, ob wenn die Sache vom Schuldner direct an den Gläubiger gekommen ist, das zu Grunde liegende Geschäft auf beiden Seiten Handelsgeschäft gewesen sein muss.

Aus dem Gebrauch des Plurals: Handelsgeschäfte, ist nichts zu entnehmen, weil dieser durch den Gebrauch des andern Plurals: Sachen und Werthpapiere jedenfalls geboten war. Wohl aber führt die Auslassung des Worts: „beiderseitiger“ (besonders mit Rücksicht darauf, dass es oben ausdrücklich gebraucht ist) sowie die Fassung: in seinen Besitz gekommen, zu der Interpretation, dass lediglich dasjenige Geschäft, auf dessen Grund der Besitz erworben wurde, ein Handelsgeschäft zu sein braucht, folglich, wenn nur ein Geschäft überhaupt vorhanden ist, dieses auch nur in der Eigenschaft, die es in Bezug auf denjenigen hat, welcher den Besitz erwirbt, in Betracht kommt [6]).

§. 13. e) Unter Besitz ist die Detention verstanden, nicht der juristische Besitz. Als Besitzer im Sinne dieses Artikels gilt aber nicht nur der-

[4]) Stellt der Dritte die Contractsklage an, so kann der Gläubiger natürlich nicht wegen seiner Forderung an den Eigenthümer retiniren, da er diesem Kläger keine exceptio doli opponiren kann, wohl aber ist dies möglich, wenn der Dritte dem Schuldner die Contractsklage cedirt, oder wenn der Schuldner vindicirt.

[5]) Auch ein negotiorum gestio kann sehr wohl Handelsgeschäft sein. In diesem Fall wird der negotiorum gestor eine Provision verlangen können, bez. darin, dass er die Anrechnung einer Provision im Auge hatte, zeigt sich, dass er die gestio als Handelsgeschäft auffasste.

[6]) Die Frage wird deswegen selten vorkommen, weil die meisten Geschäfte der Kaufleute Handelsgeschäfte sind (Art. 273) und die Präsumtion für diese Qualität spricht (Art. 274). — Nach der im Text vertheidigten Interpretation würde also der Gläubiger die Equipage, die er zu einer Vergnügensfahrt von einem Lohnkutscher miethet, nicht retiniren können, während er das für den Privatgebrauch bestimmte Silberzeug eines andern Kaufmannes, welches er diesem gegen Lagergeld aufbewahrt, retiniren kann.

jenige, welcher die Sache selbst detinirt, sondern auch derjenige, für welchen (in dessen Namen) ein Anderer die Sache auf Grund eines Rechtsverhältnisses detinirt, aus welchem der Erstere eine Klage auf Ausantwortung der Sache hat; so z. B. der Absender hinsichtlich des auf der Axe befindlichen, der Ablader hinsichtlich des schwimmenden, der Deponent hinsichtlich des deponirten Guts, ebenso aber auch diejenigen, welchen die betreffenden Ansprüche an den Frachtführer, Schiffer, Depositar übertragen sind, bez. welchen gegenüber diese letzten Personen zur Herausgabe sich (durch Zeichnung von Ladescheinen, Connossementen, Lagerscheinen) verpflichtet haben. Der letzte Fall wird im Gesetz besonders hervorgehoben. **Art. 313.**

Dass im einzelnen Fall einem Detentor in Folge eines besondern Umstandes die Möglichkeit zu verfügen entzogen ist, z. B. durch Arrestlegung, hebt sein Recht nicht auf, ebenso wenig wie es dadurch beseitigt ist, dass derjenige, welcher für den Retinenten selbst detinirt, diesem gegenüber ein Retentionsrecht oder ein Pfandrecht am Gute hat und dasselbe geltend macht, wie z. B. der Frachtführer oder Schiffer wegen der Fracht.

f) In den Besitz gekommen. Der Eigenthümer braucht die Sache nicht selbst übertragen zu haben, noch braucht sie in seinem Namen oder nur in seinem Auftrag übertragen zu sein. Es genügt, dass der Eigenthümer in die Uebertragung eingewilligt hat (s. o. §. 11).

g) Eine weitere Beziehung zwischen Forderung und Sache, als dass erstere aus Handelsgeschäften entstanden, letztere auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gekommen ist, verlangt das Gesetz nicht. Connexität ist also nicht erforderlich.

II. **Natur des kaufmännischen Retentionsrechts.** Unser Artikel bezeichnet das dem Detentor zustehende Recht einfach als Zurückbehaltungsrecht (Retentionsrecht), ohne dasselbe weiter zu definiren. Ebensowenig findet sich eine solche Definition in Art. 315, der im Anfang von der Ausübung des Retentionsrechts schlechthin und im weiteren Verlauf von einer besonderen Befugniss des Retinenten (den Verkauf zu erwirken) spricht. Wir haben also unter dem Zurückbehaltungsrecht zunächst das zu verstehen, was aus dem Worte selbst sich ergiebt, und was die Doctrin bisher darunter verstanden hat (hierauf verweist auch die parenthetische Beifügung des terminus technicus, Retentionsrecht), nämlich das Recht des Inhabers, eine Sache, die er an sich herauszugeben schuldig wäre, bis zur Befriedigung von Ansprüchen dem die Herausgabe Fordernden vorzuenthalten. Sowohl hieraus als daraus, dass der Besitz im oben angegebenen Sinne als Voraussetzung des Rechts bezeichnet ist, §. 14.

Art. 313. folgt, dass mit dem Verlust der Detention, bez. des Anspruchs gegen den in fremdem Namen Detinirenden die Voraussetzung des Retentionsrechts sofort erlischt, und dem bisherigen Detentor nicht etwa auf Grund dieses Retentionsrechts ein Anspruch auf Wiedererlangung der unfreiwillig verlorenen Detention gegen den neuen Detentor zusteht, wie etwa dem Pfandgläubiger auf Grund seines Pfandrechts.

Ueber das von dem Detentor durch Urtheil später zu erwerbende Recht an der Sache s. Art. 315, Bemerkungen §. 4.

§. 15. III. Die bona fides erfordert, dass das Retentionsrecht nicht in übermässigem Umfang ausgeübt werde. Einen Massstab giebt die Höhe der Forderung, für welche retinirt wird und der präsumtiv niedrigste Betrag des Erlöses aus der Veräusserung der retinirten Sache. Vergl. auch die Worte des Art. 315: „wenn er ihn dafür nicht in anderer Weise sichert.“

Aus demselben Grunde ist das Retentionsrecht überhaupt ausgeschlossen, wenn der Gläubiger durch Pfandbestellung oder in anderer Weise schon in demselben Mass gesichert ist, als er durch Ausübung des Retentionsrechts gesichert werden könnte.

§. 16. IV. Da in Folge des kaufmännischen Retentionsrechts jede Art der directen und indirecten Einräumung der Detention, auch wenn sie an sich keine Alienation enthält, die Wirkung einer eventuellen Alienation haben kann, so unterliegt im Fall des Ausbruchs des Concurses über das Vermögen des Schuldners auch jedes derartige Geschäft, sobald die sonstigen Erfordernisse der actio Pauliana oder der der Pauliana entsprechenden Rechtsmittel der einzelnen bürgerlichen Rechte vorhanden sind, der Anfechtung durch dieselben.

§. 17. **Absatz 2.** Das Retentionsrecht kann nicht nur durch besondere Vereinbarung ausgeschlossen werden (Art. 316), sondern es gilt auch schon dann für ausgeschlossen, wenn die Ausübung desselben mit demjenigen, was darüber, wie der Detentor mit den betreffenden Sachen verfahren solle, verabredet wurde, in unlösbarem Widerspruch stehen würde [7]).

Es möchte scheinen, als ob ein solcher Widerspruch immer vorhanden wäre, wenn nicht etwa lediglich zum Zweck der Ausübung des Retentionsrechts die Sache übertragen wurde, indem nämlich verschiedene causae detentionis als actuell neben einander bestehend nicht gedacht werden können, also z. B. eine Sache nicht zugleich auf Grund eines

[7]) Dieser Widerspruch bleibt freilich nur so lange, als nicht die Voraussetzungen des Art. 314 eintreten, wirksam.

Miethvertrags und auf Grund des Rechts aus Art. 313 detinirt werden kann. Allein um ein solches actuelles Nebeneinanderbestehen verschiedener causae detentionis handelt es sich hier auch gar nicht, sondern das Retentionsrecht hat immer nur eine eventuelle Wirksamkeit. Auf Grund des Art. 313 kann immer nur dann erst retinirt werden, wenn die ursprüngliche causa detentionis ihr Ende erreicht hat[8]). Aber auch zu dieser eventuellen Detention ist nur dann die Möglichkeit gegeben, wenn die Erfüllung der Obligation, auf Grund deren ursprünglich detinirt wird, die Fortdauer der Detention überhaupt zulässt. Diese Möglichkeit ist keineswegs immer vorhanden, in manchen Fällen ist sie vielmehr gänzlich ausgeschlossen und darum auch die Ausübung des Retentionsrechts unmöglich. Dies ist es, was der Absatz 2 besagt. **Art. 313.**

Ob eine solche Unmöglichkeit vorliegt, ob ein Widerstreit, von welchem das Gesetz handelt, vorhanden ist, kann im einzelnen Falle zweifelhaft sein. Fälle, in welchen das Retentionsrecht unzweifelhaft ausgeschlossen ist, sind: Uebergabe einer Sache zum Zweck des Transports oder der Vermittelung desselben[9]), Uebergabe des Guts an den Commissionär zum Zweck des Verkaufs, Uebergabe einer Sache, um sie zur Disposition eines Dritten zu halten, Uebergabe eines Wechsels, um denselben für den Uebertragenden stempeln zu lassen. In allen diesen Fällen kann also der Inhaber die Erfüllung seiner Verpflichtung nicht unter Berufung auf das Retentionsrecht verweigern. Die Geltendmachung desselben ist aber nicht ausgeschlossen, wenn die thatsächlichen Voraussetzungen zu seiner Geltendmachung nach Erfüllung jener Verpflichtung eingetreten sind, z. B. wenn das Fracht- oder Speditionsgut von dem Destinatär nicht angenommen wird und folglich wieder dem Absender auszuantworten ist, oder wenn das Commissionsgut ohne Schuld des Commissionärs nicht verkauft wird und der Committent die Rückgabe verlangt, oder wenn der Dritte das Gut, welches zu seiner Disposition stand, nicht angenommen hat. In diesen Fällen tritt eine Collision zwischen Retentionsrecht und Zweck der übernommenen Verpflichtung nicht mehr ein. §. 18.

Der Ausschluss des Retentionsrechts beschränkt sich aber nicht etwa nur auf den Fall, wenn die detinirte Sache an Dritte gegeben werden soll, sondern kann auch eintreten, wenn die Sache an den Eigen- §. 19.

[8]) Diese eventuelle Bedeutung des Retentionsrechts wird für die Ausübung desselben noch besonders wichtig; s. u. Bemerkungen zu Art. 315, §. 10.

[9]) Das wegen gewisser connexer Forderungen dem Frachtführer und dem Spediteur eingeräumte Pfandrecht an Fracht- und Speditionsgut (Art. 392, 409) kommt hier nicht in Betracht.

Art. 313. thümer zurückzugeben ist. Wenn z. B. der Eigenthümer Waaren übersendet mit der ausdrücklichen Bestimmung, dass dieselben zu seiner augenblicklichen Disposition gehalten werden, oder wenn verabredet wird, dass die vermiethete oder commodirte Sache sofort nach Ablauf des verabredeten Termins oder nach gemachtem Gebrauch zurückgegeben werden sollen, kann der Ausschluss des Retentionsrechts folgen, ja es kann sogar unter Umständen die Verabredung einer bestimmten Zeitdauer des Rechtsverhältnisses, z. B. des Depositums, dazu hinreichen. Beim Kauf auf Probe wird das Retentionsrecht regelmässig ebenfalls als ausgeschlossen zu betrachten sein, der Käufer kann die missbilligte Sache nicht retiniren.

§. 20. Die vom Schuldner „vor oder bei der Uebergabe ertheilte Vorschrift" bildet, wenn das Geschäft zu Stande kommt, ebenso wie die „vom Gläubiger übernommene Verpflichtung" die lex contractus. Durch die widerspruchslose Annahme der Sache unterwirft sich ja der Annehmende der von dem Uebergebenden ausgesprochenen Erklärung über die zu begründende Obligation und macht diese dadurch zur lex obligationis. Die besondere Hervorhebung der Vorschrift des Schuldners im Gesetz wird aber wichtig für den Fall, wenn der Gläubiger der ertheilten Vorschrift widerspricht, z. B. den ihm gegebenen Auftrag zur Versendung ablehnt, gleichwohl aber an den behaltenen Gütern ein Retentionsrecht beanspruchen würde. Der Zweifel, ob dies statthaft sei, wird durch die vorliegende Fassung beseitigt. Protok. S. 4577.

§. 21. Der Ertheilung der Vorschrift vor oder bei der Uebergabe steht es gleich, wenn der Schuldner in Betreff einer Sache, welche der Gläubiger detinirt, ohne aber wegen der Nichtfälligkeit der Forderung ein Retentionsrecht an derselben zu haben, zu einer Zeit, in welcher er die Sache zurückzufordern berechtigt war, eine Vorschrift ertheilt, denn die Belassung der Sache ist in diesem Fall wie eine neue Uebertragung anzusehen. Beispiel. A beauftragt den B, die bei ihm gelagerte Waare des A mit dem nächsten Dampfboot zu versenden, oder er weist ihn an, die ihm vermiethete Sache zur Disposition des C zu halten. Wird nun die Forderung des B an A zwischen der Zeit der Ertheilung dieser Vorschrift und dem Abgang des Dampfboots oder der Meldung des C zur Empfangnahme fällig, so kann wegen derselben doch ebensowenig retinirt werden, als wenn die betreffende Sache dem B erst bei Ertheilung der letzten Vorschrift übergeben worden wäre.

Art. 314.

Das in dem vorhergehenden Artikel bezeichnete Zurückbehaltungsrecht besteht unter den dort angegebenen Voraussetzungen selbst wegen der nicht fälligen Forderungen, **Art. 314.**

1) wenn über das Vermögen des Schuldners der Concurs eröffnet worden ist, oder der Schuldner auch nur seine Zahlungen eingestellt hat;
2) wenn eine Execution in das Vermögen des Schuldners fruchtlos vollstreckt oder wider denselben wegen Nichterfüllung einer Zahlungsverbindlichkeit die Vollstreckung des Personalarrestes erwirkt worden ist.

In diesen Fällen steht auch die Vorschrift des Schuldners oder die Uebernahme der Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit den Gegenständen zu verfahren, dem Zurückbehaltungsrecht nicht entgegen, sofern die vorstehend unter 1 und 2 bezeichneten Umstände erst nach Uebergabe der Gegenstände oder nach Uebernahme der Verpflichtung eingetreten oder dem Gläubiger bekannt geworden sind.

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung: fehlt. — Entwurf II. Lesung Art. 294, Abs. 3. 4.

Protok. S. 1349 bis 1357. 1420 bis 1424. — 4578. 5074 bis 5076.

Der Artikel enthält nach zwei Richtungen hin Ausnahmen von den Bestimmungen des Art. 313, indem er für den Fall der evidenten Unsicherheit des Schuldners das Retentionsrecht auch wegen nicht fälliger Forderungen und auch dann zulässt, wenn es in Widerspruch mit der Anweisung, in bestimmter Weise mit den betreffenden Gegenständen zu verfahren, steht. Wegen der Unbestimmtheit des Begriffs „Unsicherheit“ wurde jedoch in dritter Lesung beschlossen, als Voraussetzungen der erwähnten Ausdehnung des Retentionsrechts gewisse Thatsachen zu bezeichnen, aus deren Vorhandensein in der Regel auf die Unsicherheit des Schuldners geschlossen werden kann. Man folgte hierbei der Allgemeinen deutschen Wechselordnung, welche in Art. 29 den Securitätsregress an dieselben Voraussetzungen knüpft. Die Veränderung des Wortes „Erfüllung“ in „Nichterfüllung“ ist lediglich eine correctere Fassung. §. 1.

Die jetzige Fassung entspricht der dem Artikel zu Grunde liegenden ratio nicht mehr völlig, indem einerseits die Berücksichtigung der §. 2.

Art. 314. offenbaren Unsicherheit des Schuldners ausgeschlossen ist, sobald diese sich nicht in der unter Nr. 1 und 2 angegebenen Weise documentirt, andererseits die unter Nr. 2 aufgeführten Thatsachen nicht unbedingt das Vorhandensein offenbarer Unsicherheit beweisen. Allein die Absicht des Gesetzgebers, die Bestimmungen des Artikels nur in den aufgeführten Fällen, aber auch dann immer eintreten zu lassen, tritt in den Worten des Gesetzes selbst (nicht nur in den Conferenzverhandlungen) zu deutlich hervor, um einerseits eine analoge Ausdehnung der Bestimmung, andererseits eine Einschränkung der Nr. 2 zu rechtfertigen.

§. 3. Zu Nr. 2. Aus welchen Geschäften oder sonstigen Ursachen die Forderungen hervorgegangen sind, wegen welcher die Execution in das Vermögen des Schuldners vollstreckt worden, und von welchen Personen der Antrag dazu ausgegangen, ist gleichgültig. Auch der Retinent selbst kann die Execution beantragt haben.

Art. 315.

Art. 315. Der Gläubiger, welchem das Zurückbehaltungsrecht nach den Artikeln 313 oder 314 zusteht, ist verpflichtet, von der Ausübung desselben den Schuldner ohne Verzug zu benachrichtigen. Er ist befugt, wenn ihn dieser nicht rechtzeitig in anderer Weise sichert, im Wege der Klage bei dem für ihn selbst zuständigen Gerichte gegen den Schuldner den Verkauf der Gegenstände zu beantragen; er kann sich aus dem Erlöse vor den anderen Gläubigern des Schuldners befriedigen. Der Gläubiger hat diese Rechte auch gegenüber der Concursmasse des Schuldners.

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung (Art. 262). — Entwurf II. Lesung Art. 294, Abs. 5.

Protok. S. 454 bis 470. — 1339 bis 1357. 1420 bis 1424. — 5075.

§. 1. Der Gläubiger erwirbt an den Gegenständen, zu deren Retention er berechtigt ist, kein dingliches Recht. Er ist zunächst befugt, die Rückgabe derselben vor Erfüllung derjenigen Forderungen, wegen welcher er retinirt, zu verweigern. S. Bemerkungen zu Art. 313, §. 14. Es wird ihm ferner im vorliegenden Artikel das Recht, den Verkauf zu beantragen, zugesprochen. Daraus ist aber nicht auf das Vorhandensein eines dinglichen Rechts von ähnlicher Beschaffenheit wie das Pfandrecht zu schliessen. Namentlich ist ihm auf Grund des Retentionsrechts

kein Rechtsmittel zur Wiedererlangung der betreffenden Sache gegen Art.
Dritte gegeben. Das Recht besteht lediglich darin, dass er die betreffende 315.
Sache als Executionsobject in Anspruch nehmen kann.

In Betreff dieses Anspruchs bestimmt das Handelsgesetzbuch nur, §. 2.
dass er durch Klage geltend zu machen, und dass für diese das Forum des Gläubigers, d. h. das Forum des Domicils bezüglich der Niederlassung competent sei. Die letztere Bestimmung ist keine ausschliessliche. Offenbar nur im eigenen Interesse ist dem Gläubiger die Berechtigung zugestanden, vor seinem Forum zu klagen. Damit ist jedoch weder die Competenz des ordentlichen Forums des Schuldners noch irgend eines sonstigen für die Verfolgung der Forderung, wegen welcher retinirt wird, zuständigen Forums aufgehoben. Will daher der Gläubiger auch den Anspruch auf Verkauf an einem dieser Fora verfolgen, so kann der Schuldner nicht widersprechen [1]).

Für die Geltendmachung des Anspruchs sind die Processgesetze des §. 3.
angegangenen Gerichts massgebend. Ist über die Forderungen, wegen welcher retinirt wird, schon rechtskräftig erkannt, so ist eine actio judicati in der Form, in welcher das betreffende Processrecht eine solche anerkennt, anzustellen. Ist dies nicht der Fall, so ist mit der Klage auf Verkauf der retinirten Sache die Klage auf Verurtheilung des Schuldners aus dem betreffenden Schuldverhältniss zu verbinden. Je nachdem die Forderung sofort liquid gestellt werden kann oder nicht, ist die Processart (Executiv-, Wechsel- oder ordentlicher Process u. s. w.) zu wählen.

Durch das Urtheil, welches den Verkauf verfügt, erhält der Gläubi- §. 4.
ger an der retinirten Sache diejenigen Rechte, welche der Executionssuchende an der Sache, über welche Execution verhängt ist, erwirbt, nach gemeinem Recht also Pfandrecht. Besonders privilegirt ist der Gläubiger nur insofern, als unter allen Umständen sein Recht dem Recht jedes andern (wenngleich privilegirten) Gläubigers vorgeht, und dass der Concurs des Schuldners weder den Bestand noch die Art der Realisirung desselben berührt.

Der Gläubiger ist verpflichtet, von der Ausübung des Retentions- §. 5.
rechts den Schuldner zu benachrichtigen. Diese Benachrichtigung muss erfolgen nicht nur, wenn der Gläubiger den Verkauf einzuleiten beabsichtigt, sondern auch, wenn er nur die Sache nicht herausgeben will.

Ohne Verzug soll benachrichtigt werden, d. h. so schnell, als es §. 6.
den allgemeinen kaufmännischen Anschauungen nach und mit Berück-

[1]) Anders im Fall des Art. 310, wo es sich nicht um Verfolgung eines Anspruchs durch Klage handelt, sondern ein neues Rechtsmittel eingeführt wird, für welches nur dasjenige Forum competent ist, an welches es durch das Gesetz gewiesen ist. S. Bemerk. zu Art. 310, §. 3.

Art. 315. sichtigung der concreten Verhältnisse (Geschäftsüberhäufung, Wichtigkeit der Sache, Grösse des Interesse des Schuldners an schneller Benachrichtigung wegen eingetretener Conjuncturen u. s. w.) geschehen musste, damit der Gläubiger nicht als nachlässiger Kaufmann erschien.

§. 7. Ohne Verzug, von welchem Zeitpunkte an? Von da an, wo die Detention in der ausschliesslichen Absicht zu retiniren begann. Also z. B., wenn ursprünglich Depositum, Commodat vorlag, von da an, wo die Zeit, für welche das Geschäft eingegangen war, ablief, oder der Eigenthümer die Sache zurückgefordert oder auch der Detentor das Rechtsverhältniss gekündigt hatte. Bei einer Verkaufscommission von da an, wo sich herausstellte, dass der Verkauf nicht auszuführen war, z. B. wenn die Preise unter das gestellte Limito gesunken waren, oder wenn derjenige, zu dessen Disposition die Sache gehalten werden sollte, erklärte, über dieselbe nicht disponiren zu wollen. Wenn die Sache für eine Forderung als Pfand bestellt ist und nach der Zahlung wegen einer anderen Forderung retinirt werden soll, vom Moment der Zahlung der ersteren Forderung an. Wenn in dem in Art. 313, Abs. 2 vorgesehenen Fall eines der Ereignisse des Art. 314, Nr. 1 und 2 eintrat, und der Gläubiger nunmehr „statt in bestimmter Weise mit den Gegenständen zu verfahren", dieselben zu retiniren beschloss, ist der Moment, in welchem in der vorgeschriebenen Weise verfahren (z. B. das Gut versendet) werden konnte, aber nicht verfahren wurde, der massgebende, jedenfalls der späteste, von welchem an der Gläubiger rechnen darf. Möglicher Weise kann seine Absicht zu retiniren schon früher evident geworden sein, z. B. durch die Wahl des Lagerungsortes.

§. 8. Da ein anderes Präjudiz, z. B. Verlust des Retentionsrechts, nicht aufgestellt ist, so ist im Fall der Unterlassung oder der Verspätung der Benachrichtigung der Gläubiger schadensersatzpflichtig. In welcher Weise ein Schaden für den Schuldner entstehen kann, erhellt aus den gegebenen Beispielen.

§. 9. Die Anzeige ist aber auch ferner Voraussetzung der Klage auf Verkauf. Sie braucht zu diesem Zweck nicht „ohne Verzug" erfolgt zu sein, aber muss der Klageerhebung so lange vorausgegangen sein, dass dem Schuldner inzwischen die Möglichkeit gegeben war, den Gläubiger in anderer Weise zu sichern. In dieser Weise ist das Wort „rechtzeitig" zu verstehen. Auf die Fälligkeit der Forderung kann es nicht bezogen werden, da ja diese, abgesehen von den Fällen des Art. 314, schon bei Beginn des Retentionsrechts vorhanden gewesen sein muss.

§. 10. Der Gläubiger, welcher auf Grund eines anderen Rechtstitels detinirt, kann, so lange dies der Fall ist, nicht das vom Gesetz gegebene

kaufmännische Retentionsrecht ausüben, da dies eine einseitige Veränderung der causa possessionis enthalten würde. In Betreff des Rechts auf Zurückbehaltung allein ist es zwar gleichgültig, aus welchem Titel ihm dies zusteht und von ihm ausgeübt wird, hinsichtlich des Rechts den Verkauf zu beantragen, wird aber der Unterschied von Wichtigkeit. Ist das Rechtsverhältniss, auf dessen Grund der Gläubiger retinirt, ein nicht einseitig kündbares (z. B. Miethe, Depositum auf bestimmte Zeit [2]), so kann erst nach Beendigung desselben [3]) der Verkauf beantragt werden. Ist es einseitig bezüglich durch den Gläubiger kündbar, so muss diese Kündigung vorhergehen, welche hier freilich mit der Anzeige, das Retentionsrecht ausüben zu wollen, zusammen fällt. **Art. 315.**

In anderer Weise sichert, s. o. Bemerkungen zu Art. 313, §. 15. Ob eine anderweite Sicherstellung durch Pfand, Bürgschaft, Wechsel u. s. w. genügende Sicherheit biete, ist im Differenzfall vom Richter festzustellen, die Behauptung der Bestellung genügender Sicherheit bildet eine Einrede des Schuldners. §. 11.

Art. 316.

Die in den Art. 313 bis 315 dem Gläubiger gegebenen Rechte treten nicht ein, soweit die Parteien dies besonders vereinbart haben. **Art. 316.**

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung: fehlt. — Entwurf II. Lesung Art. 299, Abs. 6.

Protok. S. 1346 bis 1357. 1420 bis 1424. — 5075.

Wann die Verabredung stattgefunden, ob bevor die Sache in die Hand des Gläubigers kam, oder nachher, ob die Verabredung generell für alle zwischen den Parteien zu begründenden Rechtsverhältnisse oder für eine gewisse Art derselben oder speciell für ein bestimmtes Geschäft getroffen worden, ist gleichgültig.

Selbstverständlich ist, „dass sich die Parteien des ihnen nach dem Gesetz zustehenden Retentionsrechts bewusst gewesen und ausdrücklich

[2]) Nur der Deponent kann ein solches trotz der beigefügten Zeitbestimmung kündigen (vergl. jedoch Bemerkungen zu Art. 313, §. 20), nicht aber der Depositar.

[3]) Fordert der Schuldner, bezüglich die Concursmasse, die Sache vor anderweiter Beendigung des Rechtsverhältnisses zurück, so kann der Gläubiger die hierin liegende Kündigung acceptiren. Das Rechtsverhältniss ist dann durch beiderseitigen Consens aufgehoben.

Art. 316. oder stillschweigend in diesem Bewusstsein über dessen Ausschluss übereingekommen sein müssen" (Protok. S. 1423).

Besonders ist nicht identisch mit: ausdrücklich. Die Vereinbarung kann auch aus concludenten Handlungen erkennbar sein. Dazu genügt jedoch nicht die Vertragsbestimmung, dass mit der betreffenden Sache in bestimmter Weise verfahren werden solle (Art. 313, Abs. 2), da diese Bestimmung in den Fällen des Art. 314 das Retentionsrecht nicht ausschliesst. — Der Umstand, dass der Gläubiger dem Schuldner einen gewissen Blanco-Credit eröffnet hatte, oder dass die Parteien über eine bestimmte Sicherung übereingekommen waren [1], enthält an sich eine Vereinbarung über den Ausschluss des Retentionsrechts nicht.

Dritter Abschnitt.

Abschliessung der Handelsgeschäfte.

Art. 317.

Art. 317. Bei Handelsgeschäften ist die Gültigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung oder andere Förmlichkeiten nicht bedingt.

Ausnahmen von dieser Regel finden nur insoweit statt, als sie in diesem Gesetzbuche enthalten sind.

Preuss. Entwurf Art. 236. — Entwurf I. Lesung Art. 263. — Entwurf II. Lesung Art. 295.

Protok. S. 565. — 1358.

§. 1. **Absatz 1.** Der Artikel hat nur Bedeutung für diejenigen Rechtsgebiete, in welchen das bürgerliche Recht bestimmt, dass die Wirksamkeit oder volle Wirksamkeit (z. B. Klagbarkeit) gewisser Verträge von der schriftlichen Abfassung oder der Erfüllung sonstiger Formalitäten bedingt ist. Diese Bestimmungen werden in Betreff derjenigen Verträge,

[1] So lange die Sicherung als genügend zu achten ist, kann das Retentionsrecht wegen seiner Subsidiarität nicht ausgeübt werden (s. Bemerkungen zu Art. 313, §. 15, und zu Art. 315, §. 11.

welche auch nur auf Seiten eines Contrahenten Handelsgeschäfte sind, durch den Artikel aufgehoben. **Art. 317.**

Bei Handelsgeschäften. Der preussische Entwurf enthielt die Fassung: „die Gültigkeit der Verträge in Handelsgeschäften.“ Im Entwurf erster Lesung lautete Art. 263: „die Gültigkeit der Handelsgeschäfte [1]).“ In zweiter Lesung wurde die jetzige Fassung beantragt und angenommen. „Der Antragsteller (heisst es in den Protokollen S. 1358) glaubte nämlich, dass die Fassung des Entwurfs (erster Lesung) wegen der Technik, welche in zweiter Lesung rücksichtlich des Begriffs der Handelsgeschäfte angenommen worden sei, Missdeutungen unterliegen könne. Da nach dem jetzt genehmigten Systeme ein Geschäft oftmals nur auf Seiten des einen Contrahenten als Handelsgeschäft gelte, somit der Ausdruck „„Handelsgeschäft““ keineswegs mehr, wie nach der in erster Lesung angenommenen Technik gleichbedeutend sei mit: „„ein nach Handelsrecht zu beurtheilendes Rechtsgeschäft““, sondern mehr eine factisch technische Bedeutung habe, so könnten durch die jetzige Fassung des Entwurfs Zweifel darüber entstehen, ob die Bestimmung des Artikels nicht etwa nur auf denjenigen Contrahenten Anwendung leiden solle, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft sei. Die jetzige Fassung des Artikels könne ferner den Anschein hervorrufen, als ob nur diejenigen Arten der Contracte, welche in den Art. 233 und 234 (Art. 271 und 272 des Gesetzbuchs) specieller verzeichnet seien, nicht auch die unter Art. 235 (Art. 273 des Gesetzbuchs) fallenden Rechtsgeschäfte von dem Erforderniss der Schriftlichkeit befreit sein sollten. Von einem anderen Abgeordneten wurde der oben erwähnte Antrag aus dem Grunde unterstützt, weil die Bestimmung des Artikels auch auf die mit einem Handelsgeschäft im Zusammenhang stehenden und dazu gehörigen präparatorischen oder nachfolgenden Rechtsgeschäfte, z. B. Vollmachten zur Abschliessung von Handelsgeschäften, Anwendung finden müsse, und diese wohl durch die beantragte Fassung, aber keineswegs durch die Redaction des Entwurfs erfasst würden.“ §. 2.

Ueber **Verabredung der schriftlichen Abfassung der Verträge** enthält das Gesetzbuch keine Bestimmungen. Es bleibt also auch für Handelsgeschäfte bei dem, was die Doctrin, bezüglich das specielle bürgerliche Recht eines Landes, darüber bestimmt. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Frage, in welchem Sinn und zu welchem Zweck die Schrift- §. 3.

[1]) Vgl. Protok. S. 408 zu Art. 214 des preussischen Entwurfs (Art. 278 des Gesetzbuchs).

Art. 317. lichkeit als verabredet zu vermuthen ist, als hinsichtlich der Wirksamkeit mündlicher Nebenberedungen, der Aufhebung der Verträge etc.

§. 4. **Absatz 2. Ausnahmen** enthält das Gesetzbuch hinsichtlich der Wirkung der Commanditgesellschaft gegenüber Dritten (Art. 163), der Errichtung der Commandit-Actiengesellschaft und der Abänderung des Statuts derselben (Art. 174. 198), der Errichtung und Fortsetzung der Actiengesellschaft und der Abänderung des Statuts derselben (Art. 208. 214), der leichteren Realisirung des Pfandes (Art. 310. 311), der Bodmerei (Art. 683).

Die Bestimmungen, dass der eine Contrahent die Ausstellung einer Urkunde verlangen könne, z. B. eines Frachtbriefes (Art. 391), einer Chartepartie (Art. 558), eines Connossements (Art. 644), einer Police (Art. 788) bilden keine Ausnahmen.

In Betreff mancher Geschäfte, für welche Particularrechte förmliche Abfassung verlangen, hebt das Gesetz ausdrücklich hervor, dass es solcher nicht bedürfe, s. z. B. Art. 85, Art. 150 und 163, Art. 250. 266.

Art. 318.

Art. 318. Ueber einen Antrag unter Gegenwärtigen zur Abschliessung eines Handelsgeschäfts muss die Erklärung sogleich abgegeben werden, widrigenfalls der Antragende an seinen Antrag nicht länger gebunden ist.

Preuss. Entwurf Art. 237, Abs. 1. — Entwurf I. Lesung Art. 264. — Entwurf II. Lesung Art. 296.

Protok. S. 565 bis 567. — 1359. — 5076.

§. 1. **Unter Gegenwärtigen.** Die Parteien müssen sich in solcher körperlichen Nähe befinden, dass sie von Person zu Person verhandeln können. Der Antrag, sowie die Erklärung des Oblaten braucht nicht nothwendig mündlich zu erfolgen, auch durch Zeichen und schriftlich kann verhandelt werden, ohne dass in Folge letzterer Verhandlungsart die Parteien als Abwesende anzusehen sind. Diese Verhandlungsart kann gewählt sein wegen Taubheit eines Theils, oder damit anwesende Dritte nicht Kenntniss von den Verhandlungen erhalten, oder um sich Beweismittel zu verschaffen u. s. w.

§. 2. Auch dem anwesenden Oblaten kann der Offerent **eine Annahmefrist setzen**, und zwar kann dies ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. Welche Bedeutung diese Fristsetzung hat, ob nur, dass die

Offerte während derselben in der Art perpetuirt ist, dass sie, wenn nicht widerrufen, bis zum Ablauf der Frist jederzeit angenommen werden kann, oder dass während dieser Zeit der Widerruf unwirksam ist[1]), ist im einzelnen Fall zu untersuchen. Darüber, dass auch dann, wenn der Oblat die Fristsetzung der letzteren Art nicht acceptirt[2]), der Offerent doch gebunden bleibt, s. Art. 319, Bemerk. §. 1. **Art. 318.**

Sogleich. Das Gesetz fingirt nicht, wie bei Verhandlung unter Abwesenden, dass eine Frist der einen oder andern Art gegeben sei[3]). Nicht nur kann der Offerent jeden Augenblick widerrufen, sondern auch ohne Widerruf hört der Antrag auf, rechtswirksam zu sein, sobald derselbe nicht in continenti angenommen ist; die nachträgliche Annahme erscheint vielmehr als Antrag des bisherigen Oblaten, der erst durch (ausdrückliche oder stillschweigende) Annahme von Seiten des früheren Offerenten zum Vertrag wird. Wenn Schliemann[4]) dem Oblaten diejenige Frist gewähren will, „welche die Natur des angetragenen Geschäfts zur Ueberlegung verlangt", so muss ich dies an sich für eine nicht richtige Interpretation des Worts: „sogleich" ansehen, dagegen zugeben, dass in den meisten Fällen[5]) die Umstände der Art sein werden, dass man annehmen muss, der Offerent habe dem Oblaten eine solche Frist stillschweigend gewährt. Auch stimme ich darin Schliemann bei, dass, so lange zwischen Offerent und Oblat das Gespräch sich um das angetragene Geschäft dreht, der Antrag als fortwährend wiederholt und, füge ich hinzu, bei einer Wiederaufnahme des Gesprächs als von Neuem gestellt gilt[6]). §. 3.

1) Das Letztere liegt in dem kaufmännischen Ausdruck: an der Hand lassen. — Ist eine genau bestimmte Frist gesetzt, so wird anzunehmen sein, dass die Offerte so lange unwiderruflich sein solle. — Es kann eine Combination von Fristen beider Art vorkommen.

2) Meist wird eine Acceptation der Frist durch den anwesenden Oblaten anzunehmen sein.

3) Der Verkehr bedarf einer solchen Fiction nicht, da die anwesenden Parteien jeden Augenblick im Stande sind, ihren Interessen entsprechende Verabredungen zu treffen.

4) Kritische Bemerkungen zum Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. Schwerin 1858, S. 66, Note 41.

5) Keineswegs in allen.

6) Schliemann a. a. O. nimmt an, dass, wenn der Offerent sich zum Zweck des Antrags in das Haus des Oblaten begiebt, er, so lange er in demselben weilt, gebunden bleibt, gleichviel ob beide inzwischen über andere Gegenstände gesprochen haben, indem auch hier der Antrag in jedem Augenblick wiederholt erscheine. Unter Umständen kann dies richtig sein, wenn nämlich ersichtlich ist, dass der längere Aufenthalt des Offerenten nur durch die Erwartung der Annahme seiner Offerte veranlasst ist (in diesem Fall wird aber der Fall schwerlich praktisch werden, da der Offerent dann seinerseits mit der schliesslichen Annahme zufrieden

Art. 318. **Nicht länger gebunden ist.** Der nicht sogleich angenommene Antrag erlischt [7]).

§. 4. §. 5. **Gewährt der Offerent eine Wartefrist**, so kommen die meisten Bestimmungen der folgenden Artikel analog bezüglich direct zur Anwendung, insbesondere wenn einer der beiden Theile während der Wartefrist sich von dem Orte, wo der Antrag erfolgt ist, hinweg begiebt.

Art. 319.

Art. 319. Bei einem unter Abwesenden gestellten Antrage bleibt der Antragende bis zu dem Zeitpunkte gebunden, in welchem er bei ordnungsmässiger, rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf. Bei der Berechnung dieses Zeitpunkts darf der Antragende von der Voraussetzung ausgehen, dass sein Antrag rechtzeitig angekommen sei.

Trifft die rechtzeitig abgesandte Annahme erst nach diesem Zeitpunkte ein, so besteht der Vertrag nicht, wenn der Antragende in der Zwischenzeit oder ohne Verzug nach dem Eintreffen der Annahme von seinem Rücktritt Nachricht gegeben hat.

Preuss. Entwurf Art. 237, Abs. 2. 3. — Entwurf I. Lesung Art. 265. — Entwurf II. Lesung Art. 297.

Protok. S. 565 bis 574. — 1359 f.

§. 1. Art. 319 und 320 enthalten folgende Sätze:

1) Die Möglichkeit, den Willen durch einseitige Erklärung einer anderen Person gegenüber zu binden, ist insofern rechtlich anerkannt,

sein wird). Anders aber, wenn solche Umstände nicht vorliegen, wenn der allerdings nur aus Anlass der Offerte ins Haus Gekommene durch ein interessantes Gespräch gefesselt dort verweilt. Liegt in diesem Verweilen ein stillschweigendes Wiederholen des Antrags?

Meistens wird natürlich auch in einem solchen Fall der Offerent keine Ursache haben, die verspätete Annahme zurückzuweisen, man wird deswegen auch diesem Fall kein rechtes Interesse abgewinnen können. Aber nehmen wir an, der Offerent habe gerade durch das Gespräch mit dem Oblaten Einblicke in dessen Verhältnisse bekommen, die es ihm wünschenswerth machen, nicht mit ihm in Verbindung zu treten, oder Notizen erhalten, durch welche er das Unvortheilhafte seiner Offerte erkannte etc. In diesen Fällen liegt genügende Veranlassung, die verspätete Annahme zurückzuweisen, und die Zurückweisung erscheint gerechtfertigt, da eine Wiederholung des Antrags im Verweilen allein nicht zu erkennen ist.

[7]) Bekker (Jahrbuch des gemeinen Rechts Bd. II, S. 388, s. auch Monitum zur dritten Lesung Nro. 309 und Protok. S. 5076) findet die Fassung nicht ganz deutlich, indem man in dem angeblichen Nichtgebundensein das „schwächere

als, wenn der Offerent erklärt, dass er während einer bestimmten Zeit an die Offerte gebunden sein wolle, und während dieser Zeit die Annahme an ihn gelangt, der offerirte Vertrag auch dann zu Stande gekommen ist, wenn der Offerent vorher widerrufen hatte. Art. 319.

Dieser Satz ist im Gesetz zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, er bildet aber die nothwendige Voraussetzung des Art. 319, Abs. 1. Bestimmt nämlich das Gesetz, dass der Offerent bis zu dem Zeitpunkt, in welchem er den Eingang der ordnungsmässig und rechtzeitig abgesendeten Antwort erwarten darf, gebunden sei, so liegen darin die beiden Sätze ausgesprochen:

a) Mit jeder Offerte gilt als verbunden die Erklärung, dass der Offerent an die Offerte mindestens bis zu der Zeit gebunden sein wolle, in welcher er frühestens die Antwort erwarten darf.

b) Eine solche Erklärung ist rechtswirksam.

Da nun aber absolut kein Grund ersichtlich ist, aus welchem das Gesetz die Rechtswirksamkeit einer solchen einseitigen Erklärung auf den Fall beschränken sollte, wenn sie als fingirte vorliegt, so folgt, dass Art. 319 implicite den oben aufgestellten Satz ausspricht.

2) Die Fiction, der Offerent habe erklärt, dass er bis zu dem Zeitpunkte gebunden sein wolle, in welcher er bei rechtzeitiger Ankunft seines Antrags und ordnungsmässiger rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf.

3) Die Fiction, der Offerent habe erklärt, dass er auch über diese Zeit hinaus bis zum Eintreffen einer rechtzeitig abgesendeten, wenn auch verspätet eingetroffenen Annahmeerklärung gebunden sein wolle, falls er nicht spätestens ohne Verzug nach dem Eintreffen der Annahme von seinem Rücktritt Nachricht geben werde.

4) Voraussetzung der Rechtswirksamkeit der Offerte, der Annahme, des Widerrufs ist Ankunft der Erklärung beim Gegentheil.

5) Gehen zwei abweichende Erklärungen zu gleicher Zeit ein, so ist

Gebundensein", von welchem Art. 319, Abs. 2 handle, erkennen könne, so dass also der Offerent nur berechtigt sei, den nicht sogleich angenommenen Antrag zu widerrufen, dagegen der nicht widerrufene Antrag noch nachträglich wirksam acceptirt werden könne; z. B. „A macht dem B auf der Börse eine Offerte, über welche dieser sich nicht erklärt. Am selben Tage verreist B und schreibt folgenden Tages an den A, er nehme die gestrige Offerte an". — Abgesehen von der, meiner Ansicht nach, nicht richtigen Auffassung des Art. 319, Abs. 2 (s. meine Bemerkungen dazu §. 8), ist schon deswegen eine Anwendung der betreffenden Bestimmung auf den Fall des Art. 318 ausgeschlossen, weil jene Bestimmung die Voraussetzung der rechtzeitigen Absendung der Annahme hat, bei einem unter Anwesenden erfolgten Antrag aber nur die sogleich erklärte Annahme rechtzeitig abgegeben ist.

Art. 319. die zuletzt abgegebene die massgebende. Dieser Satz ist zwar nur für den Fall ausgesprochen, dass die frühere Erklärung die Offerte oder die Annahme, die spätere den Widerruf enthält, muss aber analog auch auf den umgekehrten Fall ausgedehnt werden.

Diese Sätze finden ihre nähere Erläuterung in den folgenden Bemerkungen zu den einzelnen Worten.

§. 2. **Unter Abwesenden.** Darunter sind diejenigen zu verstehen, welche [1]) wegen der körperlichen Entfernung, in welcher sie sich von einander befinden, durch Briefe, Boten (Mäkler), Telegraph mit einander verkehren.

Als Abwesende können die Bewohner derselben Stadt, ja desselben Hauses erscheinen.

§. 3. **Bleibt gebunden**, d. h. der Antrag bleibt rechtswirksam, so dass, wenn innerhalb dieser Frist die Annahmeerklärung eingeht, ein Vertrag zu Stande kommt.

Diese Wirkung wird ausgeschlossen durch entgegenstehende Erklärung des Offerenten. Diese pflegt abgegeben zu werden durch Hinzufügung der Worte: ohne Verbindlichkeit, ohne Obligo u. s. w. Die Erklärung braucht nicht nothwendig eine ausdrückliche zu sein. Namentlich kann hier bei einer längeren Geschäftsverbindung die bisherige Uebung in Betracht kommen.

Durch Setzen einer bestimmten Frist kann die gesetzliche Frist beschränkt oder ausgedehnt werden. In der Offerte, namentlich auch in der Angabe der beabsichtigten Art der Verwendung des betreffenden Objects, kann eine Veränderung namentlich eine Beschränkung der Erklärungsfrist stillschweigend enthalten sein.

Ablehnung des Antrags hebt das Gebundensein auf.

§. 4. **Bei ordnungsmässiger Absendung**, d. i. unter Benutzung des entsprechenden Correspondenzmittels [2]). Welches Correspondenzmittel als das entsprechende erscheint, ist nach den Umständen des einzelnen Falls zu entscheiden. Schreibt der Antragende dieses vor, so ist die Wahl eines andern (schnelleren oder zuverlässigeren) nur bei dem Eintritt besonderer dem Offerenten unbekannter Ereignisse geboten, wie z. B. bei Unterbrechung der Postverbindung, bei Erkrankung des Boten. Meist wird anzunehmen sein, dass das vom Offerenten für die Beförderung der Offerte gewählte Correspondenzmittel auch dasjenige ist, durch

[1]) Das Verhandeln durch Briefe, Boten u. s. w. allein genügt nicht, denn in dieser Weise kann auch unter Personen verhandelt werden, welche sich in solcher körperlichen Nähe befinden, dass sie mit einander sprechen können, s. Art. 318, Bemerkungen §. 1. — [2]) Protok. S. 568.

welches er die Antwort erwartet. Abgesehen von der ausdrücklichen oder stillschweigenden Ordre des Offerenten ist bei der Wahl des entsprechenden Correspondenzmittels insbesondere der grössere oder geringere Grad des Interesse des Offerenten an schleunigem Empfang der Antwort ins Auge zu fassen. Art. 319.

Bei rechtzeitiger Absendung. Der preussische Entwurf schrieb „umgehende Antwort" vor. Hiergegen wurde bei den Verhandlungen vorgebracht: „dieser Ausdruck sei früher bei einfacheren Verkehrsverhältnissen am Platze gewesen, werde aber nunmehr bei der ausserordentlichen Vervielfältigung der Verkehrsmittel, wo z. B. oft zwischen zwei Orten an einem und demselben Tage sechsmal correspondirt werden könne, sehr viele Streitigkeiten hervorrufen. Es erscheine demgemäss angemessener, statt dieses Ausdrucks eine Fassung zu wählen, mit welcher angedeutet werde, dass die Antwort des Acceptanten so schnell, als bei einem ordentlichen Geschäftsgang thunlich, zu erfolgen habe; die Entscheidung darüber aber, ob in dem einzelnen Fall diesem Erforderniss genügt worden, dem richterlichen Ermessen anheim zu geben." (Protokolle S. 567 f.) Aus diesen Gründen wurde der Ausdruck „rechtzeitig" gewählt. §. 5.

Rechtzeitig heisst hier [3]) nicht: unmittelbar nach Empfang der Offerte, sondern: so bald nach Empfang derselben, dass eine Verzögerung nicht vorliegt [4]). Der Richter hat im einzelnen Falle zu prüfen, ob Rechtzeitigkeit anzunehmen ist, oder nicht. Ein Kriterium hierfür gewinnt man, wenn man davon ausgeht, dass die gesetzliche Frist als eine vom Offerenten, der nicht ausdrücklich einen Termin, bis zu welchem er gebunden sein will, setzt, stillschweigend gegebene Frist erscheint, und dass der Offerent zwar einerseits beabsichtigen muss, so kurz als möglich gebunden zu sein, dass er aber andererseits vernünftiger Weise beabsichtigt, die Annahme der Offerte zu erreichen, dass er also auch diejenige Frist gewähren muss, in welcher dem andern Theil die Annahme möglich ist, und zwar nach dem üblichen Geschäftsgang, bez. nach den dem Offerenten bekannten besonderen Verhältnissen möglich ist. Zu berücksichtigen ist mithin insbesondere die übliche Geschäftszeit. Ist es z. B. an einem Orte allgemeine Sitte, dass alle Geschäfte lediglich in bestimmten Tagesstunden (Comptoirstunden) vorgenommen werden und ein ausser diesen Stunden angekommener Geschäftsbrief von den massgebenden Personen gar nicht gelesen wird, so ist ein zu einer andern Stunde

[3]) Eine andere Bedeutung hat das Wort in dem letzten Satze dieses Absatzes s. §. 6. — [4]) Dieselbe Bedeutung haben die Worte: „ohne Verzug" in Abs. 2.

Art. 319. „rechtzeitig“ (im Sinne des letzten Satzes des Absatzes)[5]) angekommener Brief erst als beim Beginn der nächsten Geschäftszeit angekommen anzusehen (dies wird namentlich wichtig, wenn der Brief an einem Feiertag oder unmittelbar vorher angekommen ist). Ist die erwähnte Uebung jedoch keine allgemeine, sondern gilt sie nur in dem betreffenden Geschäft, so ist sie nur dann zu berücksichtigen, wenn der Offerent sie kannte. Zufällige Umstände, welche die Kenntnissnahme von der Offerte oder die Antwort verzögern, wie Abwesenheit des Principals oder Procuristen, oder Geschäftsüberhäufung, kommen an sich nicht in Betracht. Nur unter besonderen Umständen kann auf solche Umstände Bezug genommen werden, wenn nämlich ersichtlich ist, dass der Offerent dieselben kannte und bei der Berechnung der Dauer der in der Offerte stillschweigend gewährten Frist berücksichtigt hat[6]).

Ferner kann der Gegenstand des Antrags der Art sein, dass eine Antwort nicht sofort erfolgen kann, sondern dass vorher Bücher und Correspondenzen nachgesehen, Waarenvorräthe revidirt, Erkundigungen durch Mäkler oder an der Börse eingezogen, ja vielleicht selbst, um die Möglichkeit der Erfüllung des offerirten Geschäfts oder die Realisirung der durch Abschluss des offerirten Geschäfts einzugehenden Speculation zu sichern, andere Geschäfte vorher abgeschlossen oder wenigstens verhandelt sein müssen[7]). Daher kann in diesen Fällen der Offerent vernünftigerweise nicht beabsichtigen, dass die Antwort unmittelbar nach dem wirklichen Empfang der Offerte erfolge, sondern er muss eine kurze Frist verstatten, in welcher nach den regelmässigen Verkehrsverhältnissen des Wohnorts des Oblaten dieser einen entsprechenden Entschluss fassen kann. Nicht zu berücksichtigen sind jedoch besondere Umstände, welche die Möglichkeit der Entschliessung des Oblaten im einzelnen Fall verzögern.

[5]) S. u. §. 6.

[6]) Beispiel: Nachdem zwischen A und B über ein abzuschliessendes Geschäft Briefe gewechselt worden waren, schreibt A am ersten: Ich verreise auf acht Tage und erwarte bei meiner Rückkehr Ihre definitive Offerte vorzufinden. B erhält den Brief am zweiten, schickt seine Offerte an A ab, die am dritten im Comptoir des A ankommt. A kommt am achten zurück und sendet an demselben Tag die Annahme ab.

Unter Umständen kann man vielleicht auch veranlasst sein, anzunehmen, dass der Offerent eine periodisch wiederkehrende Geschäftsüberhäufung z. B. an Ultimo oder zu Messzeiten stillschweigend in Rechnung gezogen hat, so dass in diesen Zeiten eine Antwort, die sonst als verzögert erscheinen würde, dennoch als rechtzeitig anzusehen ist.

[7]) Z. B. der Offerent will eine grosse Partie einer Waare geliefert haben, oder er bietet die Lieferung einer solchen an. Im ersten Fall muss der Oblat sich vergewissern, ob er die betreffende Partie, die er nicht selbst auf Lager hat, vortheilhaft erwerben, im zweiten, ob er sie vortheilhaft wieder verkaufen kann.

Bei der Berechnung u. s. w. Diese Bestimmung entspricht den obigen Ausführungen, dass die Frist, während welcher der Offerent gebunden ist, als eine von ihm stillschweigend gesetzte anzusehen ist, und dass derselbe seiner Berechnung ihrer Dauer die allgemein und regelmässig vorkommenden Umstände zu Grunde zu legen hat, also nicht etwa die Möglichkeit der Unterbrechung der Postverbindung, der falschen Instradirung oder der Verzögerung der Abgabe des Briefes zu berücksichtigen braucht. Rechtzeitig angekommen ist die Offerte, wenn die Ankunft nicht in aussergewöhnlicher Weise verzögert wurde. Dass die Transportgelegenheit, mit welcher der betreffende Brief befördert wurde (Eisenbahn, Postwagen, Schiff etc.), genau die tarifmässige Ankunftszeit eingehalten habe, ist daher nicht erforderlich, ebenso wenig, dass der Telegraph die aufgegebene Depesche unmittelbar nach der Aufgabe befördert hat.

Art. 319. §. 6.

Die Dauer der Frist, während welcher der Offerent gebunden ist, berechnet sich durch Summirung der Beförderungszeit der Offerte, des tempus modicum für die Erklärung der Annahme, der Beförderungszeit der Annahme. Die Frist wird jedoch, nachdem sie einmal berechnet ist, bez. als bei der Absendung der Offerte berechnet und in dieser stillschweigend ausgesprochen anzunehmen ist, als ein Ganzes betrachtet, so dass also, wenn auch eine der drei Fristen, aus welchen sie zusammengesetzt ist, verzögert sein sollte, dies doch dann nicht in Betracht kommt, wenn es auf die Zeit der Ankunft der Annahme beim Offerenten ohne Einfluss ist. Beispiel: A schickt am ersten an B eine briefliche Offerte und erwartet briefliche Antwort. Dem regelmässigen Postenlauf nach soll der Brief am zweiten Abends bei B eintreffen, als rechtzeitig erscheint den Umständen nach die Annahme, wenn sie am dritten Abends zur Post gegeben ist, und ein zu dieser Zeit aufgegebener Brief würde der Regel nach am fünften bei A eintreffen. Nun kommt aber in Folge aussergewöhnlicher Verzögerung die Offerte erst am dritten Abends bei B an. Dieser ist jedoch in der Lage, sofort die Annahme abzusenden, so dass dieselbe am fünften bei A eintrifft. Oder: die Offerte trifft rechtzeitig bei B ein. Dieser ist aber nicht im Stande oder versäumt es bis zum dritten Abends zu antworten, erklärt aber am fünften telegraphisch die Annahme. § 7.

Wird dagegen die stillschweigend erklärte Frist nicht eingehalten, sei es durch Verzögerung der Beförderung einer oder der andern Erklärung oder der Absendung der Annahme, so hört an sich der Offerent auf gebunden zu sein, auch ohne vorgängigen Widerruf. Er braucht

Art. 319. sich sogar auf die verspätet eingegangene Antwort nicht zu erklären. Eine Ausnahme hiervon enthält Absatz 2.

§. 8. **Absatz 2** handelt nur von dem Fall, wenn die rechtzeitig abgesandte Annahme verspätet eingetroffen ist. Ist daher die Verspätung der Ankunft durch Verzögerung der Absendung der Annahme verursacht worden, so ist der Offerent auch ohne Rücktrittserklärung an die Offerte nicht mehr gebunden. Zweifelhaft kann nur sein, ob als rechtzeitig abgesendet die Annahme dann immer gilt, wenn sie nur ohne Verzögerung nach dem thatsächlichen Empfang der Offerte erfolgt war, oder ob dabei vorausgesetzt wird, dass die Offerte rechtzeitig eingetroffen war, m. a. W. ob die Rechtzeitigkeit der Absendung vom Gesichtspunkt des Oblaten oder von dem des Offerenten aus aufzufassen ist.

Die erstere Ansicht liesse sich auf folgende Argumentation stützen: Zum Vortheil des Oblaten, welcher sich diligent bewiesen, stellt das Gesetz eine Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz des Abs. 1 auf. Ob die Verspätung der Ankunft der Antwort beim Offerenten auf einer Verzögerung der Offerte oder der Annahme beruht, bleibt bei dieser Auffassung gleich, da auch im ersten Fall die Diligenz des Oblaten die gleiche ist. Die letztere Ansicht stützt sich dagegen auf folgende Auffassung: Ist die Offerte beim Oblaten rechtzeitig eingetroffen, und hat dieser die Annahme rechtzeitig abgesandt, so kann er erwarten, dass dieselbe auch rechtzeitig beim Offerenten eintrifft, dass also der Vertrag nach Absatz 1 zu Stande gekommen ist. Die bona fides erfordert es daher, dass der Offerent, welchem die Acceptation verspätet zukommt, diesen Umstand dem Oblaten schleunigst mittheilt. Diese Mittheilung kann schon geschehen vor Eingang der Antwort, sobald nur der in Absatz 1 bestimmte Termin abgelaufen ist. Es genügt aber auch, dass die Mittheilung erst nach Eingang der Antwort erfolge, da ja der Offerent dann erst erfährt, dass der Oblat habe acceptiren wollen. War dagegen die Offerte schon verspätet bei dem Oblaten eingetroffen, so kann dieser in der Regel auch nicht darauf zählen, dass seine Annahme innerhalb des Termins des Abs. 1 beim Offerenten anlangt, er kann sich mithin auch nicht darauf verlassen, dass der betreffende Vertrag abgeschlossen ist, es liegt folglich kein Irrthum vor, dessen Aufklärung durch den Offerenten von der bona fides geboten erschiene.

Die letztere Auffassung scheint mir deswegen vorzuziehen zu sein, weil die erstere auf einer vagen Billigkeitsrücksicht fusst, und man auch von einer eigentlichen Diligenz des Oblaten nicht wohl sprechen kann. Ferner müsste, wenn man den Grund der Ausnahme in der Schuldlosigkeit des Oblaten erkennt, die Ausnahmebestimmung auch den Fall um-

fassen, wenn der Grund der Verspätung der Absendung der Acceptation nicht auf einer Verzögerung des Oblaten, sondern auf einem casus beruhte. Die letztere Auffassung dagegen schliesst sich eng an die Bestimmung des ersten Absatzes an, und die darauf gestützte Interpretation entspricht auch mehr dem Wortlaut des Gesetzes; namentlich sind nach derselben die Worte: „rechtzeitig abgesandt" nicht in einer andern Bedeutung aufzufassen als dieselben Worte in Absatz 1, während nach der ersteren Auffassung ihnen ein verschiedener Sinn unterzulegen wäre. **Art. 319.**

Hiernach braucht der Offerent, welchem die Annahme verspätet zugekommen ist, nur dann den Rücktritt zu erklären, wenn die Annahme rechtzeitig abgesendet worden war. War jedoch die verspätet eingetroffene Annahme verspätet abgesendet, so besteht auch ohne Rücktrittserklärung des Offerenten ein Vertrag nicht. Die Annahmeerklärung kann jedoch als Offerte des ursprünglichen Oblaten aufgefasst werden. Wird dieselbe vom ursprünglichen Offerenten ordnungsgemäss angenommen, so entsteht ein Vertrag. Ob diese Annahme in Worten geschehen muss, oder ob die Vornahme von Erfüllungshandlungen dazu genügt (s. u. §. 13), ist nach den Umständen zu beurtheilen.

In der Zwischenzeit, d. h. in der Zeit zwischen dem Ende des Termins des Abs. 1 und dem Moment der thatsächlichen Ankunft der Annahme. Eine vor Ablauf jenes Termins abgegebene Widerrufserklärung ist bedeutungslos, sowohl als actuelle, denn vor Ablauf des Termins bleibt der Offerent unbedingt gebunden, als auch als eventuelle, denn in derselben liegt nicht die Notification der Verspätung der Antwort. § 9.

Ohne Verzug. Auch die Notification des Rücktritts braucht nicht unmittelbar nach Empfang zu geschehen, sondern nur so schnell als sie nach dem üblichen Geschäftsverfahren erfolgen konnte, ohne dass dem Offerenten eine Verzögerung zur Last gelegt werden kann. §. 10.

Eintreffen, Eingang, ankommen. Dass der Offerent Kenntniss von der angekommenen Antwort genommen habe, ist weder im Fall des Abs. 1 noch in dem des Abs. 2 erforderlich, es genügt, dass er in die Lage versetzt ist, von derselben Kenntniss zu nehmen. Der Brief, das Telegramm muss in seinem Comptoir oder in seiner Wohnung angekommen sein. Dem steht es nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gleich, dass die Ankunft in der angegebenen Weise erfolgt sein würde, wenn sie nicht durch Schuld des Offerenten oder einer Person, für welche er einstehen muss, verhindert worden wäre. §. 11.

Art. 319. §. 12. **Einfluss der Aufhebung der Willensfähigkeit.** Da nach der Auffassung des Gesetzbuchs die Offerte ihre selbständige von der Fortdauer des Willens des Offerenten losgelöste rechtliche Existenz hat, so kann auch das Aufhören oder die Beschränkung der Dispositionsfähigkeit des Offerenten die Rechtsbeständigkeit der vorher ergangenen Offerte nicht afficiren. Stirbt der Offerent nach der Absendung der Offerte, hört er auf sanae mentis zu sein, wird er als Verschwender erklärt, wird Concurs über sein Vermögen erkannt, wird er arrogirt, tritt er (sie) in die ehemännliche Vormundschaft, so wird dadurch die Möglichkeit des Zustandekommens des Vertrags durch Annahme Seitens des Oblaten nicht aufgehoben. Ja selbst, wenn die betreffende Thatsache dem Oblaten bekannt wird, ehe die Offerte bei ihm eintrifft, oder zugleich mit diesem Eintreffen, so besteht die Offerte doch, da in den erwähnten Thatsachen an sich ein Widerruf nicht enthalten ist [8]). Ein Widerruf wird jedoch dann anzunehmen sein, wenn eine Anzeige einer der erwähnten Thatsachen von Seiten der zur Vertretung des Offerenten berufenen Person (Erbe, Testamentsvollstrecker, Curator, Ehemann) erfolgt. Der in einer solchen Anzeige liegende Widerruf hat aber keine weitere Wirkung, als der Widerruf von Seiten des dispositionsfähigen Offerenten selbst haben würde.

Ganz dasselbe gilt Betreffs des Acceptanten.

Für den einen Fall des Todes des Offerenten enthält Art. 297 eine positive Anerkennung dieses Satzes.

§. 13. **Beschränkung der Anwendbarkeit des Artikels.** Der Artikel hat diejenigen Fälle im Auge, in welchen der Offerent auf seine Offerte eine Annahme in Worten verlangt. Sehr häufig wird aber eine Antwort überhaupt nicht erwartet, oder doch nicht eine solche, welche die Annahmeerklärung selbst enthält, sondern nur eine Anzeige von der erfolgten Annahme. Insbesondere ist dies der Fall, wenn der Offerent sofortige Ausführung des offerirten Vertrags verlangt, oder dies Verlangen als gestellt angenommen werden muss. Hier ist die Offerte so aufzufassen, als erkläre der Offerent, die Annahme solle durch die

[8]) Ist in die Offerte selbst die Fortdauer des Lebens, der Dispositionsfähigkeit u. s. w. als Bedingung aufgenommen, so kommt diese Bedingung natürlich in Betracht, und zwar nicht nur, wenn die Kenntniss vom Gegentheil vor oder zugleich mit der Offerte anlangt, sondern, wenn der Oblat nur vor der Erfüllung (bez. wenn die Erfüllung aus mehreren von einander unabhängigen Handlungen besteht, vor der Vornahme jeder einzelnen) Kenntniss erhält. Diese Bedingtheit kann in der Offerte stillschweigend enthalten sein; z. B. der Offerent bestellt Gegenstände, die ersichtlich zu seinem persönlichen Bedürfniss bestimmt sind, oder von welchen er nur Gebrauch machen kann, so lange er sich in voller Dispositionsfähigkeit befindet u. s. w. Dies wird in Art. 297 ausdrücklich anerkannt.

Erfüllung oder den Beginn der Erfüllung erfolgen, und diese Erklärung bindet den Offerenten. **Art. 319.**

Mit der Ertheilung eines Mandats (Commission oder sonstigen Auftrags) ist regelmässig ein solches Verlangen verbunden. Hat also der Oblat mit der Ausführung begonnen, so besteht das Mandatsverhältniss und zwar für beide Theile bindend, d. h. der Mandant hat die actio mandati directa, der Mandatar die contraria, auch wenn die Antwort des Oblaten beim Offerent verspätet ankommt oder gar nicht geantwortet wird [9]). Dies beruht aber nicht etwa auf der Eigenthümlichkeit des Mandats, denn dieses hat hinsichtlich seines Zustandekommens nichts Eigenthümliches, indem die Erklärung des Mandanten nicht anders, als jede andere Vertragsofferte aufzufassen ist, und, damit ein Vertrag zu Stande komme, die Annahme durch den Oblaten eben so nöthig ist, wie bei jedem andern Vertrag [10]). Der Grund liegt vielmehr lediglich in dem Verlangen des Offerenten, dass der Auftrag sofort ausgeführt werde. Daher gilt das Gleiche auch bei anderen Offerten z. B. Kaufofferten, welche in der Form von Bestellungen gemacht werden.

Ob, wenn der Offerent das Verlangen sofortiger Ausführung nicht ausdrücklich gestellt hat, dasselbe doch als gestellt anzunehmen ist, entscheidet sich nach den Umständen. Hierbei kommt namentlich das ersichtliche Interesse des Offerenten an sofortiger Ausführung in Betracht, und dieses wird, wo es sich um Gegenstände, die grossen Werthschwankungen (Coursschwankungen) unterworfen sind, handelt, regelmässig vermuthet werden müssen [11]).

Endlich wird auch, abgesehen von dem Fall, dass der Offerent sofortige Ausführung verlangt, die Absicht des Offerenten, dass eine An-

[9]) Von der Frage nach der Perfection der erwähnten Verträge verschieden ist die Frage, ob der Oblat verpflichtet ist, Anzeige von der erfolgten Annahme zu machen. Betreibt der Oblat Geschäfte, welche dem Sprachgebrauch nach als eigentliche kaufmännische Geschäfte gelten, so wird eine Verpflichtung zur Anzeige der erfolgten Annahme oder wenigstens der (begonnenen) Ausführung regelmässig angenommen werden müssen. Die Folge der Unterlassung oder Verzögerung kann aber nicht die sein, dass der Vertrag als nicht zu Stande gekommen oder als wieder aufgehoben anzusehen ist, sondern nur die, dass der Acceptant zum Ersatz des durch seine Unterlassung oder Verzögerung entstandenen Schadens verpflichtet ist. Die Gefahr der casuellen Verspätung oder Nichtankunft der Anzeige trägt er jedoch nicht.

[10]) Der Umstand, dass das (perfecte) Mandat einseitig aufgehoben werden kann, hat mit der Entstehung des Mandatsverhältnisses nichts zu thun.

[11]) So werden z. B. die Worte: Können Sie mir 100 Stück Actien der und der Art zu dem und dem Cours schicken? als eine Kaufsofferte mit Verlangen sofortiger Ausführung aufzufassen sein, namentlich wenn die betreffenden Actien ein Speculationspapier sind und die Anfrage von einem Speculanten ausgeht. Der Vertrag ist mithin zu Stande gekommen, wenn auf die rechtzeitig angekommene Offerte der Oblat die Actien ohne Verzug abschickt, mag auch der Avis-

Art. 319. nahme mit Worten nicht erforderlich sein sollte, aus sonstigen Umständen entnommen werden können. Hierbei wird namentlich der Umstand von Wichtigkeit, dass es der Sachlage nach dem Offerenten höchst wahrscheinlich sein muss, dass sein Antrag angenommen werden würde, z. B. deswegen, weil das offerirte Geschäft zum offenbaren Vortheil des Oblaten gereicht, oder dieser bei demselben wenig riskirt. Evident wird die Absicht des Offerenten namentlich dann sein, wenn er die Sache, auf welche sich die Offerte bezieht, mit der Offerte zugleich einsendet, z. B. Offerirung eines Verkaufs-, Pfand- oder Depositenvertrags mit sofortiger Einsendung der zu verkaufenden, zu verpfändenden oder zu deponirenden Sache [12]).

Art. 320.

Art. 320. Geht der Widerruf eines Antrages dem anderen Theile früher als der Antrag, oder zu gleicher Zeit mit demselben zu, so ist der Antrag für nicht geschehen zu erachten.

Ebenso ist die Annahme für nicht geschehen zu erachten, wenn der Widerruf noch vor der Erklärung der Annahme oder zu gleicher Zeit mit derselben bei dem Antragsteller eingegangen ist.

Preuss. Entwurf Art. 238. — Entwurf I. Lesung Art. 267. — Entwurf II. Lesung Art. 298.

Protok. S. 574 f. — 1362.

§. 1. Der Artikel enthält den Satz: Die den Abschluss eines Vertrags betreffende Erklärung einer Partei hat rechtliche Wirkung in dem Augenblick, in welchem sie bei dem anderen Theil ankommt; das heisst:

brief, bez. die Sendung selbst sich verspäten. Ueber die Wirkung der Versäumung rechtzeitiger Avisirung s. o. Note 9. Anders wird die Anfrage aufzufassen sein, wenn sie sich auf Waaren bezieht, die der Offerent selbst consumiren oder in seinem Detailgeschäft verkaufen will, und nicht ersichtlich ist, dass der Offerent die dermalige Conjunctur benutzen will oder die Waaren sofort bedarf. In diesem Falle wird möglicher Weise in der Anfrage nicht einmal eine bindende Kaufsofferte erkannt werden, sondern eine vorläufige Erkundigung oder der Wunsch, dass eine Verkaufsofferte gestellt werde.

[12]) Auch bei der in der ausdrücklichen Form eines Auftrags oder einer Bestellung erfolgenden Offerte können diese Momente von Wichtigkeit sein.

1. vor diesem Augenblick hat die Erklärung keine Wirkung, sie bindet den Erklärenden nicht, sie kann daher wirksam zurückgenommen werden; **Art. 320.**

2. von dem Moment des Eintreffens an hat die Erklärung volle Wirksamkeit, die später nicht wieder aufgehoben werden kann.

Der aufgestellte Satz ist zwar im Artikel nur für den Fall formulirt, wenn Antrag oder Annahme widerrufen werden. Allein diese Formulirung enthält ersichtlich nur eine Anwendung des allgemeinen Satzes auf einen der wichtigsten Fälle, der allgemeine Satz ist dadurch anerkannt. M. a. W. die Bestimmung des Artikels ist auf andere Fälle mehrfacher Willenserklärung analog auszudehnen.

Hat also der Oblat zuerst die Offerte abgelehnt, hierauf aber angenommen, und gelangt diese letztere Erklärung vor oder zu gleicher Zeit mit der ersteren an den Offerenten, so ist die letztere Erklärung von Bedeutung[1]).

Ob mit dem Widerruf eine neue Offerte verbunden ist, ist gleichgültig, ebenso ob der Widerruf sich auf den ganzen Inhalt der Offerte oder der Annahme bezieht, oder nur auf einen Theil.

Geht — zu. Eingegangen. Es kommt Alles auf den Zeitpunkt des Eintreffens der Erklärungen bei dem anderen Theil an, die Kenntnissnahme ist indifferent[2]). §. 2.

Zugleich eingehen die mit derselben Gelegenheit (Briefträger) im Comptoir angekommenen mehreren Briefe, die von dem Telegraphenboten zusammen überbrachten Telegramme. Die Kenntnissnahme ist an sich indifferent. Der bona fides dürfte es jedoch entsprechen, dass man Briefe etc., welche zwar nach einander eingegangen (z. B. in den Briefkasten des Comptoirs geworfen) sind, deren Eingang aber in eine Zeit traf, in welcher ihr Inhalt der allgemeinen Geschäftsorganisation nach nicht sofort zur Kenntniss des Adressaten kommen konnte (z. B. der eine Brief geht Abends nach Schluss des Comptoirs, der andere am folgenden Morgen vor Eröffnung des Comptoirs ein), als gleichzeitig eingegangen angenommen werden müssen[3]). Anders jedoch, wenn der frühere §. 3.

[1]) In den Protokollen (S. 575) findet sich die Aeusserung, die Wirksamkeit des Widerrufs einer Ablehnung ergebe sich von selbst, „indem eine Ablehnung kein Rechtsgeschäft begründe". Soll dies so viel heissen, als dass die Ablehnung keine rechtliche Wirksamkeit habe, vielmehr der einfachen Nichtannahme gleichstehe, so ist die Begründung eine irrige. Die Ablehnung, sobald sie zum Offerenten gelangt, hebt sofort die rechtliche Wirksamkeit der Offerte auf.

[2]) S. o. Art. 319, Bemerk. §. 11.

[3]) Diese Annahme ist jedoch nur statthaft, wenn Alles gemäss dem üblichen Geschäftsverfahren vor sich gegangen war. Anders, wenn der Principal etwa angeordnet hatte, dass ihm gewisse Briefe auch ausserhalb der Comptoirstunden so-

Art. 320. innerhalb der Comptoirstunden eingegangene Brief aus einem besonderen nicht in der allgemeinen Geschäftsorganisation liegenden Grund nicht vor Ankunft des späteren vom Adressaten erbrochen wurde. Kann nicht bewiesen werden, dass die eine Erklärung vor der anderen eingetroffen ist, so ist Gleichzeitigkeit des Eintreffens anzunehmen.

§. 4. **Ausschluss des Widerrufs.** In denjenigen Fällen, in welchen nach der Absicht der Parteien der offerirte Vertrag sofort erfüllt werden soll[4]), ist, wenn durch Beginn der Erfüllung die Annahme erfolgt ist, ein Widerruf natürlich nicht mehr zulässig.

Ist der Widerruf aber durch den Beginn der Erfüllung überall ausgeschlossen, also auch dann, wenn der Vertrag durch Annahme in Worten abgeschlossen werden sollte? Nein. In diesem Fall kann ja die vom Acceptanten vorgenommene Handlung nicht die Bedeutung der Annahme haben, sondern lediglich die einer eventuellen Erfüllung. Der Acceptant geht dabei von der Erwartung aus, dass der offerirte Vertrag zu Stande komme, indem er erwartet, dass seine Annahmeerklärung entweder vor Ablauf der Wartezeit eintreffen werde, oder der Offerent trotz etwaiger Verspätung derselben doch nicht die Offerte widerrufen werde. Trifft nun die Annahme nach Ablauf der Wartezeit ein und erklärt der Offerent gemäss Art. 319, Abs. 2 seinen Rücktritt, so besteht weder ein Vertrag noch ist der Offerent irgendwie schadensersatzpflichtig. Der Offerent nimmt die eventuelle Erfüllungshandlung auf seine Gefahr vor. Darum kann aber auch in derselben keine dem Offerenten gegenüber abgegebene Erklärung, auf den Widerruf verzichten zu wollen, erkannt werden; ebenso wenig wie angenommen werden kann, dass der Offerent, welcher mit seiner Offerte zugleich die eventuellen Erfüllungshandlungen vornimmt, z. B. die zum Verkauf angebotene Waare einsendet, auf sein Widerrufsrecht verzichte.

§. 5. Gegen die **Zweckmässigkeit** der Zulassung des Widerrufs der Annahme haben sich verschiedene Stimmen erklärt. Insbesondere greift Thöl[5]) diese Bestimmung an. Er sagt: „Dies (die Zulässigkeit des Widerrufs der Annahme) ist, obgleich es der Statthaftigkeit des Widerrufs eines Antrages recht eigentlich zu entsprechen scheint, wider alle Ordnung, weil jeder Antragsteller sich mit Recht über einen neu erfundenen Rechtssatz beschweren kann, welcher ihn der Speculation des anderen Theiles auf eine bisher unerhörte Weise Preis giebt“ [6]).

fort übergeben würden, und er in Folge dessen die betreffenden Briefe nacheinander erhalten hatte.

[4]) S. o. Art. 319, Bemerk. §. 13.

[5]) Handelsrecht I. Bd. vierte Aufl. §. 57 a. Nro. VI.

[6]) In der Note v. (a. a. O.) wird dies folgendermassen weiter ausgeführt und

Es ist nun nicht in Abrede zu stellen, dass eine solche Speculation vorkommen kann. Allein die Gefahr ist keineswegs so gross, als Thöl annimmt. Denn **Art. 320.**

1. in allen Fällen, in welchen die Annahme durch sofortige Erfüllung erklärt wird[7]), fällt die Möglichkeit des Widerrufs und damit der Speculation des Oblaten auf Kosten des Offerenten weg. Gerade in Fällen aber, in welchen Conjuncturschwankungen häufig vorkommen, wird die sofortige Erfüllung der Offerte häufig verlangt. Jedenfalls handelt der Offerent klug, wenn er sie verlangt[8]).

2. Auch dann, wenn der Widerruf der Annahme nicht zugelassen wird, ist die erwähnte Speculation möglich. Der Oblat kann ja das Ende der Wartefrist ruhig abwarten, ohne sich zu erklären. Ist zu die-

mit mehreren Beispielen belegt. „Derjenige, welchem ein Antrag gemacht ist, wird nun klugerweise immer sofort eine Annahmeerklärung an den Antragsteller absenden, und abwarten, wie die Umstände sich während der Zeit, binnen welcher der Antragsteller gebunden ist [genauer müsste es heissen: „welche bis zur Ankunft der Annahmeerklärung bei dem Antragsteller verläuft", denn diese kann vor Ablauf der Wartefrist erfolgen und schliesst dann die Wirksamkeit des Widerrufs aus], gestalten werden. Wenn sie ihm günstig bleiben, so wird er es bei der Annahmeerklärung belassen. Wenn sie sich auf eine ihm ungünstige Weise ändern, so wird er einen Widerruf der Annahme durch den Telegraphen dem Antragsteller zugehen lassen. Wenn er die abgesandte Annahme nicht widerruft, so bleibt es bei dem nun geschlossenen Vertrage, wenn er sie widerruft, so ist es, als ob er einen geschlossenen Vertrag einseitig wieder aufgehoben."

7) S. o. §. 4 und Art. 319 Bemerk. §. 13.

8) Thöl's Beispiel Nro. 3: „A bestellt bei B das Loos Nro. 777 kurz vor der Ziehung, B sendet sofort seine Annahmeerklärung ab und belässt es dabei, wenn inzwischen das Loos mit einer Niete gezogen ist; wenn inzwischen auf das Loos ein Gewinn gefallen ist, so kommt er seiner Annahmeerklärung durch eine telegraphische Erklärung seines Widerrufs zuvor" — verliert nach dem im Text Bemerkten wenigstens für den regelmässigen Geschäftsgang seine Bedeutung. Eine dem Collecteur gemachte Kaufsofferte wird, wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil ausgesprochen ist, als Bestellung erscheinen, also als Offerte, deren Annahme durch sofortige Erfüllung zu erklären ist. In dem Moment also, in welchem der Collecteur das Loos absendet, bez. es in seinen Büchern dem Offerenten zuschreibt, es also demselben (durch constitutum possessorium) überträgt, ist der Vertrag perfect. Die schriftliche Antwort an den Offerenten hat nur die Bedeutung der Benachrichtigung von der Annahme und Erfüllung. Der spätere Widerruf hat mithin ebenso wenig rechtliche Wirkung, als die Zurücknahme des Briefs von der Post. — Allerdings kann der Collecteur sich auch darauf beschränken, seinen Consens zu der Kaufsofferte auszusprechen ohne zugleich zu erfüllen. Allein dies ist so sehr dem regelmässigen Geschäftsverkehr zuwider, dass es einer ganz unzweideutigen Erklärung dieser Absicht bedarf, wenn die Antwort nicht als Anzeige, dass erfüllt sei, angesehen werden soll. In denjenigen Fällen aber, in welchen der Collecteur nicht sofort erfüllt (z. B. wenn er vom Besteller nicht gedeckt ist und auch nicht creditiren will), wird er auch schwerlich pure acceptiren.

In derselben Weise werden auch viele andere Kaufsofferten (Beispiel Nro. 1) zu beurtheilen sein.

In Betreff des dritten Beispiels (Widerruf der Annahme der Versicherungsofferte durch den Versicherer nach eingetretenem Untergang der Sache) behalte ich mir die Erklärung vor, kann aber schon jetzt nicht unbedingt zugeben, dass der Versicherer zum Widerruf berechtigt ist.

Art. 320. ser Zeit die Conjunctur ihm ungünstig, so braucht er nur in seinem Stillschweigen zu beharren. Wendet sie sich zu seinem Vortheil, so telegraphirt er kurz vor Ablauf der Frist seine Annahme. Allerdings hat er dann nicht die Möglichkeit, die Gefahr des Vertragsobjects auf den Offerenten zu wälzen. Allein dies wesentlich nur bei Verkäufen in Betracht kommende Moment[9]) ist doch nur von untergeordneter Bedeutung und kommt beim Verkauf eines Genus gar nicht in Betracht. Den Conjuncturwechsel kann er dagegen völlig ebenso, wie nach dem System des Gesetzbuchs ausbeuten, und hierauf legt ja auch Thöl in Nro. 4 der Note das Hauptgewicht.

3. Der Offerent kann sich gegen die Speculation dadurch sichern, dass er sofortige Annahme durch das schnellste dem Oblaten zu Gebot stehende Communicationsmittel, namentlich also durch den Telegraphen, verlangt, oder eine mit Bezug auf den Gebrauch dieses Mittels berechnete kurze Wartefrist festsetzt. Zu einem oder dem anderen Verfahren wird er aber ohnedies regelmässig in solchen Fällen schreiten, in welchen ein rascher Wechsel der Conjunctur vorauszusehen ist, und er nicht etwa schon sofortige Erfüllung (s. o. Nro. 1) verlangt hat.

Art. 321.

Art. 321. Ist ein unter Abwesenden verhandelter Vertrag zu Stande gekommen, so gilt der Zeitpunkt, in welchem die Erklärung der Annahme behufs der Absendung abgegeben ist, als der Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages.

Preuss. Entwurf Art. 239, Abs. 1. — Entwurf I. Lesung Art. 266. — Entwurf II. Lesung Art. 299.

Protok. S. 575 bis 579. — 1361 f.

§. 1. Zwar scheint nach den Anfangsworten des Artikels die Bestimmung sich auf alle unter Abwesenden zu Stande gekommenen Verträge zu beziehen, sie ist jedoch ihrem Inhalt nach nur auf diejenigen Verträge zu beschränken, welche durch eine Annahme in Worten zu Stande gekommen sind[1]), ebenso wie Art. 319 auch nur diejenigen Offerten im Auge hat,

[9]) Anders wäre es freilich bei der Versicherung, s. jedoch oben Note 8 a. E.

[1]) Thatsächlich zu Stande gekommen sind. Also auch dann, wenn der Offerent keine Annahme in Worten erwartet hat, eine solche aber doch erfolgt ist.

auf welche der Offerent eine Annahme in Worten erwartet[2]). Ob also die Voraussetzung des Artikels vorliegt, entscheidet sich nach Art. 319 und 320. **Art. 321.**

Obgleich nun hiernach der Vertrag nicht in dem Zeitpunkt, in welchem die Erklärung der Annahme abgesandt wurde, abgeschlossen worden ist, so ist doch für die Beurtheilung der Wirkungen des abgeschlossenen Vertrags dieser Zeitpunkt massgebend, indem hinsichtlich dieser Wirkungen angenommen wird, der Vertrag sei zur Zeit der Absendung der Annahmeerklärung zu Stande gekommen. Die genaue Zeitbestimmung aber wird z. B. wichtig, wenn durch den Vertrag die Gefahr auf den andern Contrahenten übergeht, wenn in dem Vertrag auf den Marktpreis Bezug genommen ist, wenn die Dispositionsfähigkeit der Contrahenten in Frage ist, wenn der Vertrag mit der Pauliana actio angefochten werden soll u. s. w.

Behufs der Absendung abgegeben. Unzweifelhaft ist diese Abgabe erfolgt, wenn der Brief in den Briefkasten geworfen, das Blatt mit dem Inhalt der zu befördernden Depésche dem Telegraphenbeamten übergeben (und die Zahlung erfolgt) ist. Zwar kann der Aufgeber seinen Brief wieder zurückfordern, das Telegramm contremandiren. Allein einmal kommt diese Möglichkeit hier deswegen nicht in Betracht, weil ja, wenn die Bestimmung des Artikels zur Anwendung kommt, feststeht, dass eine Zurücknahme nicht erfolgt ist. Ferner aber würde, wenn man die Möglichkeit der Zurücknahme berücksichtigte, der Artikel ohne allen Inhalt sein, indem nach Art. 320 die Zurücknahme der Annahme bis zu dem Moment, wo sie an den Adressaten gelangt, immer möglich ist, folglich nur dieser Moment in Betracht kommen könnte. Aus diesem Grund wird auch die Uebergabe des Briefs an einen von dem Acceptanten gemietheten Boten oder an einen seiner Leute zum Zweck der Uebermittelung desselben an den Offerenten oder der Beförderung zur Post als Abgabe im Sinn dieses Artikels anzusehen sein. Dagegen gehört nicht hierher das Schreiben oder Unterschreiben des Annahmebriefs und die Uebergabe an den Commis zum Adressiren und Expediren. Als behufs der Absendung abgegeben kann die Erklärung nur erscheinen, wenn der Acceptant Alles gethan hatte, was von seiner Seite zur Uebermittelung seiner Erklärung an den Offerenten erforderlich war[3]). Es muss gar nichts mehr zu thun sein, als zu übermitteln und zu dieser Uebermittelung muss schon die erste Handlung vorgenommen und bez. Ordre hinsichtlich der weiteren Handlungen ertheilt sein. §. 2.

[2]) S. o. Art. 319, Bemerk. §. 13.
[3]) Vergl. Preuss. Landrecht Thl. I, Tit. 5, §. 102.

Art. 322.

Art. 322. Eine Annahme unter Bedingungen oder Einschränkungen gilt als Ablehnung des Antrags verbunden mit einem neuen Antrage.

Preuss. Entwurf Art. 239, Abs. 2. — Entwurf I. Lesung Art. 268. — Entwurf II. Lesung Art. 300.

Protok. S. 579 f. — 1362 f.

§. 1. Offerent ist nicht nur, wer einem andern einen von diesem nicht provocirten Antrag macht, sondern auch derjenige, welcher sich bereit erklärt, auf einen ihm gestellten Antrag einzugehen, sobald dieser in einer gewissen (für ihn günstigen) Weise modificirt würde. Bei Verhandlungen über Verträge wechselt daher regelmässig die Rolle des Offerenten mit jeder Erklärung, welche nicht eine pure Annahme oder Ablehnung der letzten Offerte enthält.

§. 2. **Bedingungen.** Der Artikel kann sich nur auf die Beifügung solcher Bedingungen und Einschränkungen beziehen, durch welche die Erklärung als eine Offerte erscheinen kann. Unter Bedingungen können also nicht von dem Inhalt des abzuschliessenden Vertrags unabhängige Thatsachen gemeint sein, sondern Modificationen der Offerte selbst. Diese Modificationen können insofern äusserlich als Bedingungen erscheinen, als jede Offerte als bedingte Acceptation aufgefasst werden kann.

Auch in einer ursprünglichen Offerte kann ein Theil des Inhalts in der Form einer Bedingung ausgesprochen sein. Z. B. ich bestelle bei dir 50 Centner Kaffee um einen bestimmten Preis, wenn du dich zu einem Nachlass an einer früheren Forderung an mich verstehst, oder wenn du mir sechs Monate Credit gewährst. In derselben Weise kann nun auf die Offerte des Verkäufers, 50 Centner Caffee um einen bestimmten Preis zu verkaufen, der andere Theil antworten: ich nehme an, wenn du den Nachlass der früheren Forderung gewährst, oder wenn du sechs Monate Credit verwilligst. Hierin liegt ersichtlich nur eine Offerte, welche zufällig mit der früheren theilweise übereinstimmt, die aber wegen ihrer Beziehung auf die erhaltene Offerte als Ablehnung derselben erscheint.

Auch eine wahre Bedingung kann in den Inhalt der Offerte aufgenommen sein, z. B. ich offerire Waaren bis zum ersten März zu liefern,

wenn bis dahin die Schiffahrt eröffnet ist. Die Hinzufügung dieser Bedingung macht aber nicht die Offerte zur bedingten, sondern es liegt eine unbedingte Offerte eines bedingten Vertrags vor. Ebenso wird, wenn eine derartige Bedingung bei der sogenannten Annahme gestellt ist, die Erklärung zur Offerte eines bedingten Vertrags. Nicht aber liegt eine bedingte Annahmeerklärung vor, oder nur in dem Sinn, in welchem jede Offerte eine bedingte Annahme enthält d. h. die Bedingung ist hier: wenn du darauf eingehst, den von dir unbedingt offerirten Vertrag bedingt einzugehen. Art. 322.

Darum also, dass die Wirksamkeit der Annahme von dem Eintritt einer von dem Vertragsinhalt unabhängigen Thatsache abhängig gemacht ist, handelt es sich hier gar nicht, und es ist auch gar nicht Sache des Gesetzes, Bestimmungen über die Bedeutung und Rechtswirksamkeit einer solchen wirklich bedingten Annahme aufzustellen, da dieselben keineswegs in einem Satz ausgesprochen werden können. So z. B. würde der in erster und zweiter Lesung proponirte Satz: „Eine bedingte Annahme gilt dann als unbedingt, wenn solche von Verhältnissen abhängig gemacht wurde, deren wirkliches Bestehen dem Antragenden beim Empfang der Annahme bekannt ist“ [1]), keineswegs überall richtig sein.

Gilt. Durch besondere Erklärung der Partei kann der „Annahme unter Bedingungen oder Beschränkungen“ die Bedeutung als Ablehnung entzogen werden. Z. B. der Offerent hat eine längere Erklärungsfrist gesetzt, der Oblat antwortet unmittelbar nach Empfang der Offerte: wenn Sie auf diese Modification eingehen wollen, acceptire ich sofort, anderenfalls behalte ich mir weitere Erklärung vor. §. 3.

Art. 323.

Wenn zwischen dem Kaufmann, welchem ein Auftrag gegeben wird, und dem Auftraggeber eine Geschäftsverbindung besteht, oder sich derselbe gegen letzteren zu Ausrichtung solcher Aufträge erboten hat, so ist er zu einer Antwort ohne Zögern verpflichtet, widrigenfalls sein Schweigen als Uebernahme des Auftrages gilt. Art. 323.

Auch wenn derselbe den Auftrag ablehnt, ist er schuldig, die mit dem Auftrage etwa übersandten Waaren oder anderen Gegenstände auf Kosten des Auftraggebers, soweit er für diese Kosten gedeckt ist und soweit es ohne seinen Nachtheil geschehen kann, einstweilen vor Schaden zu bewahren.

[1]) Protok. S. 580. 1262 (das auf S. 1262 Z. 4 v. u. enthaltene Citat muss heissen S. 580).

Art. 323. Das Handelsgericht kann auf seinen Antrag verordnen, dass das Gut in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten so lange niedergelegt wird, bis der Eigenthümer anderweitige Vorkehrung trifft.

Preuss. Entwurf Art. 240. — Entwurf I. Lesung Art. 269. — Entwurf II. Lesung Art. 301.

Protok. S. 581 bis 583. — 1363. — 4578 bis 4580.

§. 1. Zwar handelt der Artikel nicht von Anträgen im Allgemeinen, sondern nur von Aufträgen, es würde aber nicht gerechtfertigt sein, ein argumentum a contrario dahin anzunehmen, dass bei anderen Anträgen eine Antwortspflicht unbedingt ausgeschlossen sei. Das Gesetzbuch berührt diese anderen Fälle einfach nicht. Insbesondere aber ist durch den Artikel die Frage, ob und in wie weit der Kaufmann durch Unterlassung oder Verzögerung der Antwort sich schadensersatzpflichtig mache, nicht berührt. Ebenso wenig berührt der Artikel die Frage, ob ein Oblat unter Umständen zur Annahme eines Auftrags verpflichtet erscheine und sich durch Ablehnung desselben schadensersatzpflichtig mache [1]).

§. 2. **Geschäftsverbindung.** Ob eine solche besteht, ist quaestio facti. Die Geschäftsverbindung braucht sich nicht auf Geschäfte der Art, wie das offerirte ist, zu beziehen [2]).

§. 3. **Gegen letzteren.** Die Zusendung eines Circulars über Etablirung, in welchem die fragliche Geschäftsbranche erwähnt ist, erscheint jedenfalls als ein gegen den Adressaten erfolgtes Erbieten. Aber auch die Einrückung dieser Annonce in öffentliche Blätter dürfte als genügende Erklärung angesehen werden. Ja selbst die Angabe des betreffenden Geschäftszweigs neben der Firma vor dem Geschäftslocal, auf Facturen etc. wird meist genügen. Abgesehen hiervon aber ist der Umstand, dass die

[1]) S. Monitum zur dritten Lesung Nro. 314. Protok. S. 4578 bis 4580.

[2]) „Um dem Artikel die rechte Grenze der Anwendung zu stecken, wurde von einem Mitglied vorgeschlagen, vor: Geschäftsverbindung, einzuschalten: dem Auftrage entsprechenden, damit der Artikel auf Aufträge ganz heterogener Art nicht bezogen werden könne. Es wurde jedoch geltend gemacht, eine solche Bestimmung widerspreche der bisher von der Versammlung festgehaltenen Auffassung, dass man nicht von der Einschränkung des Kaufmannsgewerbes auf eine gewisse Branche von Handelsgeschäften ausgehen könne, und ohnehin werde der Richter dem Ausdruck Geschäftsverbindung eine entsprechende nicht allzu ausgedehnte und unbegrenzte Auslegung zu geben wissen.“ Der Antrag wurde abgelehnt. Protok. S. 582.

betreffende Person „aus der Ausrichtung solcher Aufträge ein Gewerbe macht“ nicht genügende Voraussetzung der Anwendung des Artikels. Die angeführten, im preussischen Entwurf enthaltenen Worte wurden daher auch beseitigt. Protok. S. 581. **Art. 323.**

Ohne Zögern, so viel wie „rechtzeitig“, „ohne Verzug“ in Art. 319 s. o. Bemerkungen zu diesem Artikel §. 5. 10. §. 4.

Absatz 3. S. o. Art. 310, Abs. 2. §. 5

Vierter Abschnitt.

Erfüllung der Handelsgeschäfte.

Art. 324.

Die Erfüllung des Handelsgeschäfts muss an dem Orte geschehen, welcher im Vertrage bestimmt oder nach der Natur des Geschäfts oder der Absicht der Contrahenten als Ort der Erfüllung anzusehen ist. **Art. 324.**

Fehlt es an diesen Voraussetzungen, so hat der Verpflichtete an dem Orte zu erfüllen, an welchem er zur Zeit des Vertragsabschlusses seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnort hatte. Wenn jedoch eine bestimmte Sache übergeben werden soll, welche sich zur Zeit des Vertragsabschlusses mit Wissen der Contrahenten an einem anderen Orte befand, so geschieht die Uebergabe an diesem Orte.

Preuss. Entwurf Art. 241. — Entwurf I. Lesung Art. 270, Abs. 1. 2. — Entwurf II. Lesung Art. 302.

Protok. S. 583 f. 588 f. — 1363 bis 1365. 1371 bis 1373[1]).

Vergl. Art. 342.

[1]) Ueber die Redaction dieses und des folgenden Artikels finden sich keine Angaben in den Protokollen. Art. 324 wurde in der Sitzung vom 20. Februar 1858 (Protok. S. 1418 f.), Art. 325 in der Sitzung vom 27. Februar 1858 (Protok. S. 1459) definitiv festgestellt.

Art. 324. Ort bezeichnet hier ebensowohl Stadt, Platz, als auch einen bestimmten Theil der Stadt, ein Haus, eine Niederlage.

Der Wille der Contrahenten bestimmt den Erfüllungsort entweder ausdrücklich („im Vertrag“) oder stillschweigend, die Absicht der Parteien kann aus der sogenannten „Natur des Geschäfts“ erkannt werden; daher ist die Verbindung mit „oder“ zwar incorrect, diese Incorrectheit ist aber unschädlich, da eine Collision zwischen beiden Momenten nicht vorkommen kann.

Findet sich kein Anzeichen für eine besondere Willensrichtung der Parteien, so wird präsumirt, dass das Etablissement oder Domicil des Verpflichteten als Erfüllungsort gemeint sei und im Zweifel das zur Zeit des Abschlusses des Vertrags bestehende. Als Anzeichen für eine besondere Willensrichtung gilt das Wissen der Contrahenten, dass die zu übertragende Sache sich zur Zeit des Vertragsabschlusses an einem andern Ort befand.

Es kann dieses Moment jedoch nur als ein solches Anzeichen aufgefasst werden. Bei einer andern Auffassung würde man zu den verkehrtesten Resultaten gelangen. Wissen z. B. die Parteien, dass die Sache an dem betreffenden Orte nicht bis zur Zeit der Erfüllung bleiben wird, so fällt die Annahme, dass dort der Erfüllungsort sein solle, sofort weg.

Art. 325.

Art. 325. Bei Geldzahlungen, mit Ausnahme der Auszahlung von indossabelen oder auf Inhaber lautenden Papieren, ist der Schuldner verpflichtet, wenn nicht ein Anderes aus dem Vertrage oder aus der Natur des Geschäfts oder der Absicht der Contrahenten hervorgeht, auf seine Gefahr und Kosten die Zahlung dem Gläubiger an den Ort zu übermachen, an welchem der letztere zur Zeit der Entstehung der Forderung seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnort hatte.

Durch diese Bestimmung wird jedoch der gesetzliche Erfüllungsort des Schuldners (Art. 324) in Betreff des Gerichtsstandes oder in sonstiger Beziehung nicht geändert.

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung Art. 270, Abs. 3. — Entwurf II. Lesung Art. 303.

Protok. S. 584. 588 f. — 1371 bis 1373[1]).

[1]) S. Note 1 zu Art. 324.

Geldzahlung ist nicht jede numeratio, sondern nur eine solche, welche unmittelbar als solutio erscheint. So fällt z. B. die Auszahlung eines versprochenen Darlehens nicht darunter, wenngleich dadurch das pactum de mutuando erfüllt wird. Denn das Hingeben des Geldes geschieht zunächst in der Absicht, eine Obligation zu begründen, nicht eine solche zu tilgen, und gerade durch die Begründung dieser Obligation wird die erstere getilgt. Art. 325.

Geldzahlungen machen nicht etwa eine Ausnahme von der in Art. 324 in Betreff des Erfüllungsorts enthaltenen Bestimmungen. Diese gelten vielmehr, insoweit es sich um die Frage nach dem örtlichen Recht der Obligation und des forum contractus handelt, auch für diese Art der Vertragserfüllung. Es würde aber irrig sein, wenn man die im ersten Absatz ausgesprochene Verpflichtung zur Uebermachung der Zahlung an den Gläubiger in derselben Art auffassen wollte, wie die in Art. 344 dem Käufer auferlegte Verpflichtung hinsichtlich der Versendung der Waare. Der Schuldner hat nicht nur auf seine Kosten, sondern auf *seine Gefahr* die Zahlung zu übermachen. Er hat also nicht etwa schon erfüllt, wenn er die Geldsendung zur Post gegeben und frankirt hat. Die Erfüllung erfolgt vielmehr erst durch die Uebergabe an den Gläubiger und insofern ist der Wohnort des Gläubigers oder der sonstige Ort, an welchen die Zahlung gesendet werden soll, der wirkliche Erfüllungsort. Diese Auffassung ist von Bedeutung sowohl für die Beurtheilung der Frage, ob rechtzeitig erfüllt ist, als auch für die Anwendung der Bestimmung des Art. 336 über Münzfuss, Münzsorten und Zahlung in Landesmünze.

Art. 326.

Wenn die Zeit der Erfüllung einer Verbindlichkeit in dem Vertrage nicht bestimmt ist, so kann die Erfüllung zu jeder Zeit gefordert und geleistet werden, sofern nicht nach den Umständen oder nach dem Handelsgebrauche etwas Anderes anzunehmen ist. Art. 326.

Preuss. Entwurf Art. 242, Abs. 1. — Entwurf I. Lesung Art. 271, Abs. 1. — Entwurf II. Lesung Art. 304.

Protok. S. 584. — 1365.

Art. 327.

Art. 327. Lautet die Erfüllungszeit auf das Frühjahr oder den Herbst, oder auf ähnliche Zeitbestimmungen, so entscheidet der Handelsgebrauch des Orts der Erfüllung.

Ist die Erfüllung auf die Mitte eines Monats gestellt worden, so gilt der fünfzehnte dieses Monats als der Tag der Erfüllung.

Preuss. Entwurf Art. 242, Abs. 2. 3. — Entwurf I. Lesung Art. 271, Abs. 2. 3. — Entwurf II. Lesung Art. 305.
Protok. S. 584. 1365.

Absatz 1. Als Beispiele ähnlicher Zeitbestimmungen führen die Protokolle (S. 584) auf: Messzeiten, Wiedereröffnung der Schiffahrt.

Absatz 2. Vergl. Allgemeine deutsche Wechselordnung Art. 30, Abs. 2.

Art. 328.

Art. 328. Wenn die Erfüllung einer Verbindlichkeit mit dem Ablaufe einer bestimmten Frist nach Abschluss des Vertrages erfolgen soll, so fällt der Zeitpunkt der Erfüllung:

1. wenn die Frist nach Tagen bestimmt ist, auf den letzten Tag der Frist; bei Berechnung der Frist wird der Tag, an welchem der Vertrag geschlossen ist, nicht mit gerechnet; ist die Frist auf acht oder vierzehn Tage bestimmt, so werden darunter volle acht oder vierzehn Tage verstanden;
2. wenn die Frist nach Wochen, Monaten, oder einem mehrere Monate umfassenden Zeitraum (Jahr, halbes Jahr, viertel Jahr) bestimmt ist, auf denjenigen Tag der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher durch seine Benennung oder Zahl dem Tage des Vertragsschlusses entspricht; fehlt dieser Tag in dem letzten Monate, so fällt die Erfüllung auf den letzten Tag dieses Monats.

Der Ausdruck „halber Monat“ wird einem Zeitraum von fünfzehn Tagen gleich geachtet. Ist die Frist zur Erfüllung auf einen

oder mehrere ganze Monate und einen halben Monat gestellt, so sind die fünfzehn Tage zuletzt zu zählen. Art. 328.

Nach den vorstehenden Grundsätzen ist die Frist auch dann zu berechnen, wenn der Anfang derselben nicht nach dem Tage des Vertragsschlusses, sondern nach einem anderen Zeitpunkte oder Ereignisse bestimmt worden ist.

Preuss. Entwurf Art. 243. — Entwurf I. Lesung Art. 272. — Entwurf II. Lesung Art. 306.

Protok. S. 584. 1365.

Vergl. Allgemeine deutsche Wechselordnung Art. 32.

Ein zu diesem Artikel für die dritte Lesung von Hamburg gestellte, aber nicht zur Berathung gekommene Erinnerung (Nro. 321) lautet:

„Es ist ein Zweifel darüber erhoben worden, an welchem Tag ein Wechsel, welcher „„ultimo Februar 1859““ 2 Monate dato ausgestellt worden, fällig sei, ob am 28. oder am 30. April. Die Meinung für den 30. April ist wohl gewiss die richtige, aber ganz deutlich geht es aus den Bestimmungen der Allgemeinen deutschen Wechselordnung, und daher auch aus denen dieses Artikels nicht hervor.“

Ich glaube, dass im Gegentheil aus den Bestimmungen beider Gesetze mit genügender Deutlichkeit hervorgeht, dass im angeführten Beispiel der Verfalltag der 28. April ist. Das Wort: „Benennung“ in Nro. 2 ist auf Wochentag, das Wort „Zahl“ auf Monatstag zu beziehen. Das Wort ultimo bezeichnet in Verbindung mit einem bestimmten Monatsnamen in völlig deutlicher Weise einen bestimmten Tag dieses Monats und ist deswegen bei der Datirung zulässig. Im angeführten Beispiel bezeichnet es den 28. Februar, ganz in derselben Weise, wie wenn diese Zahl genannt worden wäre. Dem 28. Februar entspricht aber nach den deutlichen Worten des Gesetzes der 28. jedes anderen Monats, und es kann dem Umstand, dass der Ausstellungstag nach seiner Eigenschaft als letzter des Monats bezeichnet ist, nicht die Wirkung zugeschrieben werden, dass er dadurch dem letzten Tag jedes andern Monats entspricht. Daran kann auch nichts ändern, dass man die Verfallzeit auf den letzten Tag eines Monats zu stellen liebt, oder dass der Aussteller diese Absicht im einzelnen Fall gehabt hat. Das Gesetz spricht bestimmt, und wenn etwas Abweichendes angenommen werden soll, so bedarf es der Nachweisung, dass alle Betheiligten etwas Anderes gewollt

Art. 328. haben. Dieser Wille der Parteien ist, soweit es sich nicht um ein formelles Versprechen, wie das Wechselversprechen handelt, massgebend.

Art. 329.

Art. 329. Fällt der Zeitpunkt der Erfüllung auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so gilt der nächste Werktag als der Tag der Erfüllung.

Preuss. Entwurf Art. 244. — Entwurf I. Lesung Art. 273, Abs. 1. — Entwurf II. Lesung Art. 307.

Protok. S. 584 f. — 1365 f.

§. 1. Vergl. Allgemeine deutsche Wechselordnung Art. 92. Doch bestimmt der Artikel nicht wie jener, dass der nächste Werktag der Erfüllungstag sei, sondern, dass er als solcher gelte d. h. dass an ihm zu erfüllen sei, wenn nicht der Wille der Partei dahin gegangen, dass gerade an dem als Erfüllungstag angegebenen Sonn- oder Feiertag erfüllt werde. Ein solcher Wille kann namentlich daraus erkennbar sein, dass der Schuldner wusste oder wissen musste, der Gläubiger beabsichtige mit der zu liefernden Sache an dem betr. Tage eine Handlung vorzunehmen, z. B. den Schmuck zu tragen, das Bier auszuschenken, die Victualien zu Speisen zuzubereiten [1]). Es wird aber auch schon dann, wenn die Parteien mit dem Bewusstsein, dass der betr. Tag ein Sonn- oder Festtag sei, denselben doch als Lieferungstag festgesetzt haben, anzunehmen sein, dass an diesem Tage wirklich geliefert werde.

§. 2. Ein Gewohnheitsrechtssatz kann der Bestimmung des Artikels nicht derogiren; dagegen kann die Uebung des Platzes für die Interpretation des Willens der Parteien wichtig werden.

§. 3. Die Frage, ob ein Tag ein allgemeiner Feiertag sei, ist nach dem Rechte und der Sitte des Erfüllungsortes zu beantworten.

Art. 330.

Art. 330. Soll die Erfüllung innerhalb eines gewissen Zeitraums geschehen, so muss sie vor Ablauf desselben erfolgen.

[1]) In diesen Fällen wird häufig der Vertrag auch so aufzufassen sein, dass die Lieferung innerhalb eines gewissen Zeitraums, dessen letzter Tag der Feiertag ist, erfolgen solle. Aus den Umständen kann aber auch hervorgehen, dass nur der Feiertag als Lieferungstag gemeint ist, so dass eine frühere Lieferung als verfrüht erscheint.

Fällt der letzte Tag des Zeitraums auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so muss spätestens am nächstvorhergehenden Werktage erfüllt werden. **Art. 330.**

Preuss. Entwurf: fehlt. Entwurf I. Lesung Art. 273, Abs. 2. — Entwurf II. Lesung Art. 308.

Protok. S. 585. — 1365.

Absatz 2. Auch diese Bestimmung ist nicht juris publici. Entspricht es der Absicht der Parteien bei Abschluss des Vertrags, dass noch am letzten Tage (am Feiertag) erfüllt werden könne, so cessirt die Bestimmung des Gesetzes.

S. Bemerk. zu Art. 329, §: 2.

Art. 331.

Abänderungen in diesen Zeitberechnungen (Art. 328 bis 330), soweit sie die Liquidationstermine der Börsengeschäfte betreffen, bleiben den Börsenordnungen vorbehalten. **Art. 331.**

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung Art. 274. — Entwurf II. Lesung Art. 309.

Protok. 585. f. — 1366.

Abänderungen dieser Zeitberechnungen durch den Handelsgebrauch, d. i. Gewohnheitsrecht[1]), zuzulassen hielt man nicht für geeignet, dagegen schien die Bestimmung des Artikels unbedenklich (Protok. 585 f.)

Art. 332.

Die Erfüllung muss an dem Erfüllungstage während der gewöhnlichen Geschäftszeit geleistet und angenommen werden. **Art. 332.**

[1]) S. Bemerk. zu Art. 329, §. 2.

Art. 332. Preuss. Entwurf Art. 245. — Entwurf I. Lesung 275. — Entwurf II. Lesung Art. 310.

Protok. S. 585. — 1366.

Art. 333.

Art. 333. Ist die vertragsmässige Frist zur Erfüllung einer Verbindlichkeit verlängert worden, so beginnt die neue Frist im Zweifel am ersten Tage nach Ablauf der alten Frist.

Preuss. Entwurf Art. 246, Abs. 2. — Entwurf I. Lesung Art. 276. — Entwurf II. Lesung Art. 311.

Protok. S. 587 f. — 1366.

§. 1. Auch dieser Artikel enthält lediglich eine Willensinterpretation und zwar nach zwei Richtungen hin. Einmal ist bestimmt, dass die Prolongationsfrist im Zweifel nicht vom Tag der Bewilligung an zu rechnen ist, sondern vom Verfalltag an, ferner aber, dass bei der Berechnung der Frist der Verfalltag nicht mitzuzählen ist.

§. 2. Obgleich der Artikel nur für den Fall formulirt ist, dass die Erfüllung innerhalb einer vertragsmässig festgestellten Frist (worunter auch eine vertragsmässig prolongirte Frist fällt) erfolgen sollte, so ist die Bestimmung doch per analogiam nach beiden Richtungen anzuwenden, wenn eine feste gesetzliche oder üsancemässige Frist zur Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht und wenn eine Verbindlichkeit an einem bestimmten Tag zu erfüllen und für die Erfüllung einer weiteren Frist gewährt worden ist[1]). Dagegen erscheint es bedenklich, den Artikel nach der ersteren Richtung hin auch auf den Fall auszudehnen, wo die Forderung unbetagt war, bez. erst in Folge von Mahnung fällig wurde, während die im Artikel ebenfalls enthaltene Bestimmung, dass der Tag, von welchem an die Frist beginnt, im Zweifel in dieselbe nicht mit einzurechnen ist, für alle Fristerstreckungen massgebend ist.

§. 3. Für die Anwendung des Artikels ist es gleichgültig, ob die Frist vor Eintritt des Verfalltags oder nachher bewilligt wurde. Selbstverständlich kann jedoch aus dem Verhältniss der Länge der gewährten

[1]) Diese Ansicht ist auch in den Protokollen ausgesprochen (S. 1366).

Frist zu der Zeit, welche seit dem Verfalltag schon abgelaufen war, entnommen werden, dass die neue Frist erst von der Bewilligung an beginnen solle, z. B. es wird vierzehn Tage nach Verfall auf vierzehn Tage oder auf kürzere Zeit prolongirt. **Art. 333.**

In Betreff der Dauer der prolongirten Frist stellt der Artikel keine Vermuthung auf. Der im preussischen Entwurf enthaltene Satz, dass „anzunehmen sei, die Verlängerung sei auf dieselbe Frist geschehen, welche im Vertrag selbst oder in der letzten Fristbewilligung verabredet war“, wurde abgelehnt selbst in der Beschränkung auf schriftliche Prolongationen. Protok. S. 586 f. §. 4.

Art. 334.

In allen Fällen, in welchen ein Verfalltag bestimmt worden ist, ist nach der Natur des Geschäfts und der Absicht der Contrahenten zu beurtheilen, ob derselbe nur zu Gunsten eines der beiden Contrahenten hinzugefügt worden ist. **Art. 334.**

Auch wenn der Schuldner hiernach vor dem Verfalltage zu zahlen befugt ist, ist er doch nicht berechtigt, ohne Einwilligung des Gläubigers den Disconto abzuziehen, insofern nicht Uebereinkunft oder Handelsgebrauch ihn dazu ermächtigen.

Preuss. Entwurf Art. 247. — Entwurf I. Lesung Art. 277. — Entwurf II. Lesung Art. 312.
Protok. S. 589. — 1366 f.

Im Zweifel ist anzunehmen, dass der Verfalltag zu Gunsten beider Contrahenten festgesetzt sei, so dass also der Verpflichtete weder früher um die Erfüllung wirksam angegangen werden, noch diese früher wirksam vornehmen kann. Das Gesetz stellt aber nicht eine Präsumtion in dem Sinne auf, dass demjenigen, welcher vor dem Verfalltag leisten oder empfangen will, immer die Beweislast, dass der Verfalltag lediglich zu seinen Gunsten hinzugefügt sei, träfe, sondern, wie in anderen Fällen, giebt das Gesetzbuch dem Richter die Befugniss, auch ohne vorgängiges Beweisverfahren oder ohne Erbringung eines stricten Beweises aus den Umständen des Falls sich die Ueberzeugung zu bilden, dass der Verfalltag nur im Interesse eines der Contrahenten beigefügt sei.

Art. 335.

Art. 335. Ist im Vertrage über die Beschaffenheit und Güte der Waare nichts Näheres bestimmt, so hat der Verpflichtete Handelsgut mittlerer Art und Güte zu gewähren.

Preuss. Entwurf Art. 248. — Entwurf I. Lesung Art. 278. — Entwurf II. Lesung Art. 313.

Protok. S. 589 f. — 1367. — 4580 bis 4583.

Da dieser Artikel nur einen Interpretationssatz für den Willen der Parteien enthält, so ergeben sich die meisten der in dritter Lesung gegen denselben geltend gemachten Bedenken als unbegründet. Um die Absicht der Parteien über die Beschaffenheit und Güte der zu liefernden Waare zu ergründen, können alle Umstände, aus welchen sich auf dieselbe schliessen lässt, herbeigezogen werden (Art. 278). Insbesondere ist auch der örtliche Sprachgebrauch und die sonstige Uebung zu berücksichtigen (Art. 279). Keineswegs ist auch ausgeschlossen, dass auf den verabredeten Preis Bezug genommen wird, und zwar zur Bestimmung sowohl der Beschaffenheit (Art), als auch der Güte. Erst in Ermangelung aller für den concreten Vertrag massgebender Momente ist auf die Interpretationsregel des Artikels zu recurriren.

Art. 336.

Art. 336. Mass, Gewicht, Münzfuss, Münzsorten, Zeitrechnung und Entfernungen, welche an dem Orte gelten, wo der Vertrag erfüllt werden soll, sind im Zweifel als die vertragsmässigen zu betrachten.

Ist die im Vertrage bestimmte Münzsorte am Zahlungsorte nicht im Umlauf oder nur eine Rechnungswährung, so kann der Betrag nach dem Werthe zur Verfallzeit in der Landesmünze gezahlt werden, sofern nicht durch den Gebrauch des Wortes „effectiv“ oder eines ähnlichen Zusatzes die Zahlung in der im Vertrage benannten Münzsorte ausdrücklich bedungen ist.

Preuss. Entwurf Art. 249. — Entwurf I. Lesung Art. 279. — Entwurf II. Lesung Art. 314. **Art. 336.**

Protok. S. 590 bis 592. — 1367. — 4583 f.

Absatz 1. **Zeitrechnung** wird wichtig wegen der Verschiedenheit des alten und neuen Styls, vergl. Allg. deutsche Wechselordnung Art. 34. §. 1.

Entfernungen bezieht sich auf „diejenigen Bestimmungen über Meilen, Stunden und dergleichen, nach welchen mitunter bei Frachtgeschäften die Fracht berechnet wird u. s. w.". Protok. S. 590. §. 2.

Absatz 2. Vergl. Allg. deutsche Wechselordnung Art. 37. §. 3.

Der Werth der Münzsorten oder Rechnungswährung zur Verfallzeit ist zunächst der Courswerth. Auf den Metallwerth ist nur eventuell zu recurriren.

In dritter Lesung wurde vorgebracht, der Absatz 2 stehe in Widerspruch mit Art. 8 des Münzvertrags vom 24. Januar 1857 [1]) und der in Veranlassung desselben erlassenen Gesetze, und deshalb ein Vorbehalt für diese Gesetze beantragt. Der Antrag wurde nicht angenommen. Protok. S. 4583 u. f. §. 4.

In der That liegt auch zwischen der in Abs. 2 ausdrücklich enthaltenen Bestimmung und dem Art. 8 des Münzvertrags und wohl auch den in Veranlassung desselben erlassenen Gesetzen eine Collision nicht vor. Unser Artikel spricht nur von dem Fall: „wenn die im Vertrag bestimmte Münzsorte am Zahlungsort nicht im Umlauf ist" (die fernere Voraussetzung, dass sie nur „eine Rechnungswährung" sei, gehört nicht hierher). Art. 8 des Münzvertrags behandelt dagegen den Fall, „wenn die Zusage der Zahlungsleistung auf eine bestimmte Münzsorte der eigenen Landeswährung lautet". Die beiden Gesetze beziehen sich mithin auf ganz verschiedene Fälle, können daher nicht collidiren. Der

1) Der Art. 8 dieses Vertrags bestimmt, dass zur Vermittlung und Erleichterung des Verkehrs unter den vertragenden Staaten zwei Haupt-Silbermünzen unter der Benennung Vereinsthaler (Ein-Vereinsthaler-Stück und Zwei-Vereinsthaler-Stück) ausgeprägt werden sollen und bestimmt weiter:

„Dieser Vereinsmünze wird zu dem angegebenen Werthe im ganzen Umfang der vertragenden Staaten, bei allen Staats-, Gemeinde-, Stiftungs- und anderen öffentlichen Cassen, sowie im Privatverkehr, namentlich auch bei Wechselzahlungen unbeschränkte Gültigkeit, gleich den eigenen Landesmünzen beigelegt. Ausserdem soll auch in dem Fall niemand deren Annahme zu dem vollen Werth in Zahlung verweigern können, wenn die Zusage der Zahlungsleistung auf eine bestimmte Münzsorte der eigenen Landeswährung lautet. Nicht minder soll es in den vertragenden Staaten jedermann gestattet sein, Vereinsmünzen ausdrücklich und mit der Wirkung in Zahlung zu versprechen, oder sich zu bedingen, dass in diesem Fall letztere lediglich in Vereinsmünzen zu leisten ist."

Art. 336. Münzvertrag erweitert vielmehr durch die unbeschränkte Gleichstellung der Vereinsmünzen mit den Landesmünzen unseren Artikel in der Art, dass unter Landesmünzen auch Vereinsmünzen zu verstehen sind.

Eine Collision wäre nur insofern denkbar, als man in dem letzten Satz unseres Artikels eine gesetzliche Erklärung finden könnte, dass das ausdrückliche Bedingen der Zahlung in einer bestimmten Münzsorte überall wirksam sei, dass also auch die Zusage der Zahlung in einer „bestimmten Münzsorte der eigenen Landeswährung" rechtswirksam sei. Dem würde allerdings Art. 8 des Münzvertrages entgegenstehen. Letztere Bestimmung würde aber (ganz abgesehen von dem aus der Natur des Münzvertrags als eines Staatsvertrags etwa abzuleitenden Argument) jedenfalls als lex specialis gegenüber der allgemeinen Bestimmung unseres Artikels anzusehen sein und folglich auch trotz des neueren Datums der Promulgation des Handelsgesetzbuchs in Kraft bleiben. Der einzige Fall, in welchem dem Zusatz „effectiv" keine vollkommene Wirkung zukäme, wäre hiernach der, wenn als Zahlungsmittel eine Münzsorte der Landeswährung [2]) bezeichnet wäre, welche nicht zugleich der Vereinswährung angehört. Trotz des Zusatzes „effectiv" würde hier in Vereinswährung gezahlt werden können [3]). Nicht jedoch dürfte in diesem Fall in einer anderen Münzsorte der Landeswährung, welche nicht ebenfalls der Vereinswährung angehörte, gezahlt werden. Ebenfalls völlig wirksam wäre der Zusatz „effectiv" zu einer Münzsorte der Vereinswährung [4]), sowie zu jeder fremden Münzsorte.

[2]) Durch Landesgesetze werden den Landesmünzen die nach demselben Münzfuss geprägten Münzen der durch den Münzverein verbundenen Staaten gleichgestellt. Dadurch wird die Wirkungslosigkeit des Zusatzes „effectiv" auf die Zusage solcher Münzen ausgedehnt. — Es tritt dadurch aber nicht eine Collision mit der in unserem Artikel ausdrücklich enthaltenen Bestimmung ein, denn die betreffenden fremden Münzen sind ja am Zahlungsort im Umlauf.

[3]) Ein derartiges Uebereinkommen zum Zweck des Ausschlusses der Vereinsmünze wird kaum je abgeschlossen werden.

[4]) Dies bestimmt ausdrücklich Art 8. a. E. des Münzvertrags.

Zweiter Titel.

Vom Kauf.

Art. 337.

Das Anerbieten zum Verkauf, welches erkennbar für mehrere Personen, insbesondere durch Mittheilung von Preislisten, Lagerverzeichnissen, Proben oder Mustern geschieht, oder bei welchem die Waare, der Preis oder die Menge nicht bestimmt bezeichnet ist, ist kein verbindlicher Antrag zum Kauf. **Art. 337.**

Preuss. Fntwurf Art. 254. — Entwurf I. Lesung Art. 280. — Entwurf II. Lesung Art. 315.

Protok. S. 607 f. — 1367 f. — 5076 [1]).

Der Artikel [2]) enthält zwei verschiedene Bestimmungen: §. 1.

1) Das Anerbieten zum Verkauf, bei welchem die Waare, der Preis und die Menge nicht bestimmt bezeichnet ist, ist kein verbindlicher Antrag zum Kauf.

[1]) Die betreffende Stelle der Protokolle S. 5076 Z. 16 v. u. muss lauten: „Sodann wurde ungeachtet des Antrags unter Nro. 326 der Zusammenstellung die frühere Fassung des Art. 315 beizubehalten beschlossen." Der Zwischensatz gehört zu dem zu Art. 319 gestellten Monitum. S. u. Bemerk. zu Art. 342 Note 3.

[2]) Der Artikel 254 des preussischen Entwurfs lautet:

„Das Anerbieten zum Verkauf durch Mittheilung von Preislisten oder Lagerverzeichnissen, welche erkennbar für mehrere Personen aufgestellt sind, oder welche die Waare, den Preis oder die Menge nicht bestimmt bezeichnen, ist kein verbindlicher Antrag zum Kauf."

Der Artikel befasste sich also lediglich mit einer bestimmten, im kaufmännischen Verkehr häufigen Art von Verkaufsanerbietungen, der Mittheilung von Preislisten und Lagerverzeichnissen und hatte den Zweck, eine über die rechtliche Be-

Art. 337. 2) Das Anerbieten zum Verkauf, welches erkennbar für mehrere Personen geschieht, ist im Zweifel kein verbindlicher Antrag zum Kauf.

Beide Qualificationen des Verkaufsanerbietens können neben einander vorkommen und kommen häufig neben einander vor. Bei der Betrachtung der einzelnen Bestimmungen ist jedoch zunächst der Thatbestand derselben in seiner Reinheit vorauszusetzen, also davon auszugehen, dass das hinsichtlich der Waare u. s. w. nicht bestimmte Anerbieten an eine einzelne Person gerichtet ist, und ferner dass bei dem an mehrere Personen gerichteten Anerbieten Waare, Preis und Menge bestimmt bezeichnet sind.

§. 2. **ad 1.** Dieser schon in dem bisherigen Recht begründete Satz ergiebt sich aus der Nothwendigkeit der Uebereinstimmung des Willens der Contrahenten über das Vertragsobject. Damit die Offerte verbindlich sein soll, d. h. damit durch einfache Annahme von Seiten des Oblaten ein

deutung derselben aufgestellte Ansicht zurückzuweisen. Die Motive (Seite 133) sagen hierüber:

„Für einen verbindlichen Antrag zu einem Kaufe kann nur ein solches Anerbieten gelten, welches bestimmt genug ist, um durch das blosse Hinzutreten der Einwilligung des anderen Theils in einen gültigen Kaufvertrag überzugehen, aus welchem also die wesentlichen Vertragsmomente, insbesondere die Personen der Contrahenten, die zu verkaufende Sache und der Kaufpreis, mit Sicherheit entnommen werden können. Dies folgt zwar aus dem Begriff des Antrages schon von selbst; es schien aber um so weniger überflüssig, es ausdrücklich auszusprechen, als die Ansicht vertheidigt worden ist, dass allgemeine, erkennbar für mehrere Personen aufgestellte oder in Ansehung des Gegenstandes unbestimmte Anerbietungen als bedingte Anträge aufzufassen seien, durch welche der Anbietende sich unter der Bedingung verpflichten wolle, dass er die betreffenden Waarenartikel nicht bereits anderweit verkauft haben werde, oder, falls das Anerbieten von einem Commissionär ausging, dass sich Waaren der angegebenen Art am Orte vorfinden sollten.

Schon aus Gründen der Zweckmässigkeit muss man sich gegen diese Auffassung erklären. Denn die hier stillschweigend vorausgesetzten Bedingungen sind so allgemeiner und unbestimmter Natur, dass die Frage, ob sie eingetreten seien oder nicht, zu den grössten Zweifeln und Streitigkeiten Veranlassung geben würde. Aber auch die Natur der Sache und die zu vermuthende Absicht der Parteien stehen jener Ansicht entgegen. Der Anbietende hat sicherlich nicht den Willen, durch Mittheilung des nicht für den Einzelnen aufgestellten Verzeichnisses etc. eine besondere Verpflichtung zum Verkauf seiner Waaren an die Adressaten zu übernehmen; seine Absicht geht jedenfalls nur dahin, das Anknüpfen einer Geschäftsverbindung überhaupt einzuleiten, nicht aber Anträge zu einem bestimmten Geschäft zu machen; es kann deshalb die Gegenerklärung desjenigen, welcher durch eine solche Mittheilung bestimmt wird, sich mit dem Anbietenden in ein Geschäft einzulassen, nicht schon als eine den Abschluss des Geschäfts enthaltende Acceptation, sondern nur als erste Vertragsofferte angesehen werden."

In erster Lesung wollte man die Bestimmung allgemeiner und principieller fassen und nahm den Artikel in seiner jetzigen Gestalt an. Ob dieses Verfahren zweckmässig war, bleibt dahin gestellt.

Kauf zu Stande komme, muss in der Offerte die Waare nach Qualität und Quantität genau bestimmt sein. Die Erklärung, dass man verkaufen wolle, in welcher eines dieser Momente nicht genau bestimmt ist, erscheint daher nicht als wahre Verkaufsofferte. Es ist hierbei einerlei, ob das Object schon im Eigenthum des Anbietenden ist oder nicht, ob eine Species oder ein Genus angeboten wird (Artikel 338). **Art. 337.**

Bestimmtheit der Waare. Bei dem Anerbieten einer Species oder einer Quantität aus einer solchen genügt eine zur Feststellung der Identität hinreichende Bezeichnung derselben; nur soweit es hierzu erforderlich ist, braucht die Gattung, bezüglich Qualität angegeben zu werden. Ein Complex von Sachen verschiedener Gattung und Qualität (Schiffsladung, Waarenlager, ein sogenannter Posten u. s. w.) kann das Object einer wahren Verkaufsofferte sein. Bei Genusverkäufen hängt es ganz von der Willkür der Parteien ab, wie genau sie die Waare nach Gattung und Qualität bestimmen wollen, bezüglich wie weit diese Bestimmung mit Worten ausgedrückt wird. Es kann ein Verkauf abgeschlossen werden über 1000 Stück Cigarren schlechthin ohne nähere Angabe der Qualität. Ein auf dieses Object gerichtetes Anerbieten erscheint daher auch an sich nicht als zu unbestimmt, um als Verkaufsofferte aufgefasst werden zu können. §. 3.

Die Qualität der Waare kann durch gewisse im Handelsverkehr übliche Ausdrücke oder mit Bezugnahme auf den von der Waare zu machenden Gebrauch oder in sonstiger Weise bezeichnet sein, braucht aber auch gar nicht näher angegeben zu werden. So kann z. B. die (etwa auf ergangene Anfrage erfolgte) Erklärung, 1000 Stück Cigarren liefern zu wollen, nach Wunsch zu 20, zu 30, zu 40 Thalern als drei eventuell gestellte, hinsichtlich der Waare genügend präcisirte Offerten erscheinen.

Bestimmtheit des Preises. Bestimmt ist nicht nur der per aversum angegebene, sondern auch der durch eine Mass- und Rechnungsoperation bestimmbare Preis. Bestimmt kann auch sein der nach der Absicht der Parteien durch eine von deren Willkür unabhängige Thatsache bestimmte, zu bestimmende oder mit Bezug auf dieselbe bestimmbare Preis. Als eine solche Thatsache erscheint: Arbitrium eines Dritten, Marktpreis, in dem Geschäfte des Verkäufers üblicher Verkaufspreis, Berechnung des Preises mit Zugrundelegung bestimmter Factoren [3]), Ansetzung §. 4.

[3]) Z. B. der Verkäufer erklärt, er könne den Preis noch nicht berechnen, da er selbst noch nicht die Factura von seinem Verkäufer erhalten habe, oder noch nicht sämmtliche Unkosten kenne u. s. w. Ist auf Grund dieser Erklärung der Kauf abgeschlossen, so erscheint der Preis als verabredet, welcher sich aus der von dem Verkäufer nach dem bei ihm üblichen Verfahren vorgenommenen Calculation ergeben wird.

Art. 337. des Preises bei früheren unter denselben Parteien abgeschlossenen Käufen u. s. w. Auf die betreffende Thatsache kann auch stillschweigend von den Contrahenten Bezug genommen werden, daher kann auch, soweit eine solche Bezugnahme bei dem Anerbieten zum Verkauf anzunehmen ist, dasselbe als wirkliche Verkaufsofferte aufgefasst werden.

§. 5. **Bestimmtheit der Menge.** Eine Erklärung, ein Genus verkaufen zu wollen, wenn auch mit genauer Angabe des Objects nach Qualität und des Preises bestimmter Quantitäten desselben (sowie mit Hinzufügung etwaiger sonstiger Vertragsmodalitäten, z. B. hinsichtlich der Zahlung des Kaufpreises, der Lieferungszeit) enthält keine Verkaufsofferte. Sie hat nur die thatsächliche Bedeutung, dass derjenige, welcher dem Erklärenden auf Grund der Erklärung eine Kaufsofferte stellt, d. h. eine bestimmte Quantität der in der Erklärung bezeichneten Waaren zu den daselbst angegebenen Bedingungen kaufen zu wollen, erklärt, erwarten kann, dass der Oblat seine Offerte acceptiren werde.

Die Bestimmung der Menge erfolgt häufig durch Angabe eines allgemein üblichen Masses oder Gewichtes oder einer Zahl [4]). Es kann dabei aber auch auf eine andere Thatsache Bezug genommen werden. Die Menge kann bestimmt werden nach dem Inhalte eines gewissen Raumes, nach dem Bedarf des Käufers zu Erreichung eines gewissen Zweckes, nach dem Mass der Production oder der Consumtion in einer gewissen Zeit [5]), ja es ist selbst möglich, dass die Menge durch den Preis bestimmt

[4]) Die Beifügung des Wortes circa macht die offerirte Menge nicht zur unbestimmten. Entweder steht usancemässig fest, wie weit der Verkäufer berechtigt ist, von dem vertragsmässigen Quantum abzuweichen (mehr oder weniger zu liefern), oder es kann dies im einzelnen Fall durch Sachverständige bestimmt werden. Fest bestimmt ist also die offerirte Menge jedenfalls so weit als die Willkür des Verkäufers nach unten begrenzt ist, z. B. wenn es usancemässig feststeht, dass das Wort circa ein Schwanken um 5 Proc. auf und ab gestattet, so sind bei einem Angebot von circa 100 Ctrn. jedenfalls 95 Ctr. mit Bestimmtheit angeboten. Daneben ist ein Vertrag offerirt, dass der Verkäufer noch 10 Ctr. mehr liefern darf. — Die bei der Offerte einer Species vorkommende Angabe des Masses mit dem Zusatz circa hat für die Bestimmtheit der Waare der Menge nach keine Bedeutung, da dieselbe ja als Species schon bestimmt ist.

[5]) Ein solcher Vertrag kann unter Umständen als ein pactum de vendendo oder emendo erscheinen; z. B. *A* verspricht dem *B* alle Waaren einer bestimmten Gattung, die dieser in einem bestimmten Zeitraum fabriciren werde, abzunehmen, oder *B* dem *A*, ihm dieselben alle zu liefern. *A* verspricht dem *B*, alle Ziegeln, die er zu seinen Bauten brauchen werde, von ihm zu beziehen, oder *B* dem *A*, ihm dieselben zu liefern. Bleibt es hier im ersten Fall dem *A* vorbehalten, ob, beziehungsweise wieviel Waaren der bestimmten Gattung er produciren, im zweiten Fall dem *B*, ob und wieviele Bauten er unternehmen wolle, hängt somit die Bestimmung der Menge des Vertragsobjectes von seiner Willkür ab, so liegt kein Verkauf vor, sondern ein pactum de emendo vendendo. Für die vorliegende Frage ist dieser Unterschied gleichgültig, denn sobald überhaupt ein Vertrag über das in der angegebenen Weise bestimmte Object geschlossen werden kann, muss diese Bestimmung auch für die Offerte dieses Vertrags genügen.

wird, nicht etwa nur in der Art, dass ein bestimmter Preis für eine Gewichts- oder Masseinheit verabredet ist, so dass sich die Menge der Waare durch eine einfache Rechnung aus dem Gesammtkaufpreis berechnen lässt, sondern so, dass das Verhältniss von Waare und Preis von einem der oben (§. 4) erwähnten Thatsachen (arbitrium boni viri, Marktpreis, Calculation u. s. w.) abhängig gemacht und ein Aversionalpreis verabredet wird. Es würde also ein Verkaufsanerbieten, für 100 Thlr. einer gewissen Waare nach dem Marktpreis eines bestimmten Tags zu liefern, als eine wirkliche Verkaufsofferte erscheinen. **Art. 337.**

Unter Umständen ist ein der Menge nach nicht präcisirtes Anerbieten in mehrere alternativ gestellte, präcisirte Anerbieten zu zerlegen, deren jedes einzelne als eine wahre Offerte erscheint, während die Erklärung des Käufers über die zu kaufende Quantität die Angabe enthält, welche dieser verschiedenen Offerten angenommen werden solle. Beispiele: *A* bietet 100 Centner einer bestimmten Waare à 10 Thaler an, bemerkt aber dabei: Ich lasse Ihnen auf Verlangen auch eine kleinere Partie, jedoch nicht unter 20 Centner, ab. Hier liegen 81 Offerten vor von 20, 21 ... 100 Centner [6]) mit genauer durch einfache Rechnung sich ergebenden Preisbestimmung. Erklärt also der Käufer, 60 Centner kaufen zu wollen, so hat er die eine dieser Offerten angenommen und die 80 (beziehungweise 4) anderen werden dadurch unwirksam. Oder *A* schreibt dem *B*: Ich erhalte soeben eine Partie Kaffee von circa 100 Centner und offerire Ihnen dieselbe oder soviel Sie davon brauchen können, zu 10 Thaler den Centner. Hier lässt sich die Zahl der eventuellen Offerten nicht genau bestimmen; trotzdem sind die einzelnen genügend präcisirt. Oder *A* offerirt dem in seinem Lager anwesenden *B* von den daselbst vorhandenen Gegenständen einer bestimmten Sorte ausdrücklich, soviel Stück er wolle, zu 1 Thaler das Stück.

Dagegen kann in der Mittheilung einer Preisliste, eines Waarenverzeichnisses, in welchen die Waaren nur in genere bezeichnet sind, von Proben oder Mustern, wenn auch mit Preisangabe, auch dann, wenn die Mittheilung ersichtlich nur an einen Einzelnen erfolgt, wegen mangelnder Angabe jeder Menge, eine Verkaufsofferte nicht gefunden werden.

ad 2. Während der erste Satz eine aus dem Wesen des Kaufvertrags sich ergebende, von dem Willen der Contrahenten völlig unabhängige Consequenz ausspricht, erscheint der zweite Satz lediglich als Interpretativsatz. §. 6.

Es ist völlig zulässig, dass eine Person eine auf die nämliche Sache sich

[6]) Möglicherweise auch 5 Offerten zu 20, 40 100 Centner.

Art. 337. beziehende Verkaufsofferte an mehrere Personen zugleich richtet. Zwar kann, wenn die offerirte Sache eine Species ist, durch Tradition derselben nur ein einziger Vertrag erfüllt werden; allein darum wird die an mehrere Personen gerichtete Offerte an sich noch nicht zu einer unvernünftigen Erklärung. Der Offerent kann ja vermuthen, dass nur einer der Oblaten annehmen werde, und riskirt es, dass er, wenn mehrere annehmen sollten, den anderen das Interesse zu ersetzen hat; oder er hofft für diesen Fall im Stande zu sein, eine andere Sache derselben Beschaffenheit, wie die offerirte ist, vortheilhaft erwerben zu können [7]. Ist ein Genus offerirt, so fällt von vornherein das erwähnte Bedenken weg.

Dagegen kann bei Beurtheilung der Frage, ob ein Verkaufsanerbieten, welches im Uebrigen, namentlich was die Bestimmtheit der Waare, des Preises, der Menge betrifft, die erforderlichen Requisite einer wahren Offerte enthält, in der That als Offerte, beziehungsweise als unbedingte Offerte, aufzufassen ist, der Umstand von Bedeutung werden, dass es an mehrere Personen gerichtet ist.

Hierbei ist zunächst davon auszugehen, dass das Anerbieten an bestimmte Personen gerichtet ist. Ueber die Richtung der Offerte an personae incertae ist später zu sprechen (s. u. §. 12). Ausgeschlossen sind also hier von der Betrachtung namentlich die durch Anschläge und Annoncen in öffentlichen Blättern vermittelten Anerbietungen.

§. 7. Wird eine einzelne bestimmte Sache angeboten und liegen insbesondere die Umstände so, dass nicht vermuthet werden kann, der Offerent sei in der Lage, oder beabsichtige nöthigenfalls, sich andere Sachen von der gleichen Beschaffenheit anzuschaffen, so wird, wenn das an mehrere Personen gerichtete Verkaufsanerbieten nicht bestimmt als bindende Offerte, bezüglich als unbedingte Offerte sich darstellt, angenommen werden müssen, dass der Offerent nur beabsichtige, einen einzigen Verkauf abzuschliessen. Wenn und so weit diese Thatsachen den Oblaten bekannt sind oder bekannt sein müssen, ist mithin das Anerbieten entweder als eine Offerte aufzufassen, welche die stillschweigende Bedingung enthält, dass zur Zeit der Acceptation nicht schon ein anderweiter Kauf abgeschlossen sein werde, oder es erscheint gar nicht als Offerte, sondern nur als eine Erklärung, welche bestimmt ist, die Stellung von Kaufofferten zu veranlassen.

Dasselbe wird anzunehmen sein, wenn über eine bestimmte Quantität eines vorhandenen Vorraths an mehrere Personen ein Verkaufsanerbieten gerichtet wird. Als Bedingung, insofern eine solche anzunehmen ist, erscheint dann das Nochvorhandensein der betreffenden Quantität.

[7]) Eine mit diesem animus gemachte Offerte geht in die Offerte eines Genus über.

Ist eine Quantität ohne Bezugnahme auf das Vorhandensein der Waare auf dem Lager des Offerenten angeboten, so kann, insoweit auch hier eine wirkliche Offerte anzunehmen ist, die stillschweigende Bedingung auf das Vorhandensein der Waare am Verkaufsplatz oder an einem sonstigen Ort, z. B. dem der Production, oder überhaupt auf die Möglichkeit oder leichte Möglichkeit, die Waare sich zu verschaffen, gerichtet erscheinen. Auch ohne eine besondere gesetzliche Bestimmung wird man aber der im Verkehr herrschenden Ansicht nach im letzteren Fall das Anerbieten meistens gar nicht als Offerte, sondern als eine in keiner Weise bindende Erklärung aufzufassen haben, während im ersten und wohl auch im zweiten Fall regelmässig eine bedingte Offerte anzunehmen sein dürfte. Art. 337.

Das Gesetz stellt nun für alle drei Fälle die gleiche Präsumtion auf, nämlich die, dass ein an mehrere Personen gerichtetes Anerbieten nicht als Offerte aufzufassen sei. §. 8.

Eine Präsumtion? Allerdings, obgleich dies aus den Worten deutlich nicht ersichtlich ist. Nach diesen scheint vielmehr einem Anerbieten, welches an mehrere Personen gerichtet ist, die rechtliche Bedeutung einer Offerte gänzlich entzogen zu sein. Es kann nun zwar nicht in Abrede gestellt werden, dass der Gesetzgeber in seiner Allmacht den Satz würde haben aufstellen können, dass eine Erklärung, auch wenn sie von dem Erklärenden mit ausdrücklichen Worten als eine verbindliche Verkaufsofferte bezeichnet wird, in Folge des Umstandes, dass sie erkennbar an mehrere Personen gerichtet ist, als eine verbindliche Offerte nicht angesehen werden solle. Allein es braucht wohl nicht näher begründet zu werden, dass die Annahme, eine derartige, den Principien, von welchen das Handelsgesetzbuch überall ausgeht, diametral zuwiderlaufende, die Vertragsfreiheit in tyrannischster Weise beschränkende Bestimmung finde sich in diesem Gesetzbuch ausgesprochen, nur zulässig wäre, wenn die Fassung der betreffenden Stelle jede Möglichkeit einer anderen Interpretation ausschlösse. Von dieser Art ist die Fassung unseres Artikels nicht; vielmehr führt der Zusatz „insbesondere durch Mittheilung von Preislisten u. s. w.“ darauf, dass der Gesetzgeber nicht jedes nicht bloss an eine einzelne Person gerichtetes Anerbieten im Auge gehabt hat, sondern solche an mehrere Personen gerichtete Anerbieten, wie sie im kaufmännischen Verkehr häufiger vorkommen, und bei welchen erfahrungsmässig die Absicht, eine bindende Offerte, bezüglich eine unbedingte Offerte zu stellen, nicht vorliegt. Einzelne Arten derselben hebt er hervor, für andere, denselben ähnliche soll die gleiche Bestimmung gelten. Dies liegt

Art. 337. in dem Wort „insbesondere“, welches, wenn die Bestimmung sich unbedingt auf alle, nicht an einen Einzelnen allein gerichtete Anerbietungen beziehen sollte, nicht nur überflüssig, sondern sogar fehlerhaft wäre. Unterstützt wird diese Auffassung durch die Entstehungsgeschichte des Artikels (siehe oben Note 2), aus welcher mit Entschiedenheit hervorgeht, dass man nicht einen ganz neuen und dazu exorbitanten Rechtssatz habe aufstellen, sondern vielmehr nur eine im preussischen Entwurf in beschränktem Umfang formulirte Bestimmung in einem weiteren Umfange habe anerkennen wollen.

Ergiebt sich somit, dass ein Verkaufsanerbieten dann, wenn es im Uebrigen die Erfordernisse einer bindenden Offerte hat und als solche ausdrücklich bezeichnet ist, dadurch, dass es erkennbar an mehrere Personen gerichtet ist, diese seine rechtliche Bedeutung nicht verliert, so muss dasselbe auch dann gelten, wenn sich diese letztere Absicht aus den Umständen ergiebt (Artikel 278). Damit aber ist die Anwendbarkeit der gesetzlichen Bestimmung auf dasjenige Gebiet verwiesen, welches die Fälle umfasst, in denen die Absicht, eine verbindliche Offerte zu stellen, zweifelhaft ist, und zwar zweifelhaft gerade aus dem Grund, weil das Anerbieten an mehrere gerichtet ist. Mit anderen Worten: der Artikel stellt eine Präsumtion für den Fall auf, wenn es zweifelhaft ist, ob ein Verkaufsanerbieten deswegen, weil es an mehrere Personen gerichtet ist, als eine verbindliche Offerte erscheint oder nicht. Und zwar ist es gleichgültig, ob die Möglichkeit einer dreifachen Auffassung: unbedingte Offerte, bedingte Offerte (d. h. bedingt durch das Vorhandensein der Waare), keine Offerte, vorliegt, oder ob nur zwischen den beiden letzteren Möglichkeiten geschwankt werden kann. Für den Fall jedoch, dass die rechtliche Bedeutung des Anerbietens als Offerte feststeht und nur fraglich ist, ob dieselbe unbedingt und bedingt gestellt ist, enthält der Artikel keine Bestimmung.

§. 9. Nach vorstehender Auffassung macht auch die Frage, was unter der Bestimmung eines Anerbieten **für mehrere** verstanden wird, keine Schwierigkeit; denn allerdings kann der Umstand, dass das Anerbieten auch nur an zwei Personen gerichtet ist, Veranlassung zu Zweifeln, ob eine wahre Offerte vorliege, geben, ebenso wie andererseits ein Anerbieten, obgleich es an eine grosse Anzahl von Personen gerichtet ist, doch als wahre Offerte erscheinen kann, z. B. wenn von den angebotenen Waaren ersichtlich ein so grosser Vorrath vorhanden ist, dass er auch durch sämmtliche Verkäufe nicht erschöpft würde.

§. 10. **Erkennbar.** Wäre die gesetzliche Bestimmung wörtlich aufzufassen, so könnte die Untersuchung nöthig werden, ob die objective Erkennbarkeit des Umstands, dass das Anerbieten an mehrere Personen

gerichtet ist, die Voraussetzung der Anwendung des Artikels bilde, oder ob auch schon der Umstand, dass der einzelne Adressat davon irgendwie Kenntniss gehabt habe, dazu genüge. Nach der vertheidigten Auffassung des Artikels als Präsumtion ist eine derartige Untersuchung überflüssig. Sicherlich kann auch die zufällig erlangte Kenntniss des erwähnten Umstands den Zweifel, ob eine Offerte vorliege oder nicht, hervorrufen, mithin die Anwendbarkeit des Artikels begründen. **Art. 337.**

§. 11. Ein und dasselbe Anerbieten kann für verschiedene Personen, an welche es gerichtet ist, verschiedene Bedeutung haben. Gegenüber demjenigen, welcher den kritischen Umstand kannte oder kennen musste, kommt die Präsumtion zur Anwendung; nicht aber demjenigen gegenüber, welcher sie nicht kannte und nicht kennen musste.

§. 12. Ganz unabhängig von der im Artikel behandelten Frage ist die, ob eine Verkaufsofferte nach heutigem Recht wirksam an eine incerta persona gerichtet werden könne[8]). Für deren Beantwortung giebt der Artikel keinen Anhalt nach irgend einer Seite. Sie soll deswegen auch hier nicht weiter untersucht werden. Nur Folgendes ist hier hypothetisch zu bemerken. Nimmt man die Zulässigkeit der Stellung einer solchen Offerte an, so kommen die Bestimmungen der Artikel 318 bis 322[9]) in Betreff derselben ebenfalls zur Anwendung; ferner aber würde gerade die Richtung des Anerbietens an eine persona incerta leichter einen Zweifel, ob in der That eine Offerte habe gestellt werden sollen, veranlassen, als wenn das Anerbieten an eine bestimmte Person adressirt ist. Die Präsumtion unseres Artikels würde also in jenem Fall leichter zur Anwendung kommen.

[8]) Die meisten an personae incertae gerichteten Verkaufsanerbieten stellen sich schon wegen ihrer Unbestimmtheit nicht als wahre Offerten dar. Bei der im Text gestellten Frage wird natürlich die erforderliche Bestimmtheit des Anerbietens nach Waare, Preis, Menge vorausgesetzt.

[9]) Als eine Offerte inter praesentes würde eine Affiche im Verkaufslocal oder an den zum Verkauf ausgelegten Waaren erscheinen. So lange eine derartige Schrift vorhanden ist, gilt die Offerte als in jedem Augenblick neu gestellt. Sie kann aber jederzeit, bevor die Acceptation erfolgt ist, widerrufen werden (vergleiche Artikel 318, Bemerkungen §. 3). Als eine Offerte inter absentes ist eine in Zeitungen inserirte anzusehen. Als rechtzeitige Ankunft des Antrags würde in diesem Falle das ordnungsmässige Eintreffen der Zeitung an dem Aufenthaltsort des Oblaten erscheinen. Hierbei wäre freilich auch immer zu untersuchen, für welchen Leserkreis die Offerte den Umständen nach bestimmt erscheint, ob nur für die Bewohner derselben Stadt oder der Umgegend, oder auch für weitere Kreise, z. B. selbst für Bewohner überseeischer Länder.

Art. 338.

Art. 338. Nach den Bestimmungen über den Kauf ist auch ein Handelsgeschäft zu beurtheilen, dessen Gegenstand in der Lieferung einer Quantität vertretbarer Sachen gegen einen bestimmten Preis besteht.

Preuss. Entwurf Art. 254. — Entwurf I. Lesung Art. 280. — Entwurf II. Lesung Art. 315.
Protok. S. 671 bis 683. — 1399. — 5080.

„Das preussische Allgemeine Landrecht (Thl. I, Tit. 11, §. 981 bis 987) handelt von dem Lieferungsvertrag in dem Abschnitt über diejenigen Verträge, durch welche Sachen gegen Handlungen, oder Handlungen gegen Handlungen versprochen werden, und stellt erst nach geleisteter Lieferung das Rechtsverhältniss unter den Contrahenten dem Verhältniss zwischen Käufer und Verkäufer gleich.“ Abgesehen davon, dass über die Frage, worin der begriffliche Unterschied zwischen Kauf und Lieferung bestehe, mannigfache Zweifel entstanden sind, und durch keine Feststellung eine scharfe Grenzlinie gezogen werden kann, weil die innere Natur beider Geschäfte juristisch eine wesentlich gleiche ist, „verliert die landrechtliche Unterscheidung bei Annahme der Bestimmungen des preussischen Entwurfs über die Auflösung der Verträge wegen Nichterfüllung ihr hauptsächliches Interesse. Denn der praktische Unterschied, welcher nach dem System des Allgemeinen Landrechts zwischen dem Kauf und der Lieferung besteht, dass nämlich bei jenem im Fall der Nichterfüllung von der einen Seite der andere Theil auf Erfüllung klagen muss, während er bei dieser sofort vom Vertrage abgehen kann, ist für das Handelsrecht auch die allgemeine Vorschrift des Art. 250 (des preussischen Entwurfs, Art. 354 des Handelsgesetzbuchs) gegenstandslos geworden.“ — Hiernach stellt sich „in Uebereinstimmung mit der unter der Herrschaft anderer Gesetzgebungen bestehenden Rechtspraxis“ die Gleichstellung beider Geschäfte als angemessen dar (Motive zum preussischen Entwurf S. 145).

Mit Rücksicht hierauf wurde in erster Lesung der Artikel aufgenommen (Protok. S. 683) und dessen Streichung in zweiter Lesung abgelehnt (Protok. S. 1399). In dritter Lesung wurde derselbe, während er bis dahin vor den dem jetzigen Artikel 357 entsprechenden Artikeln gestanden hatte, an seine jetzige Stelle übertragen.

Der Artikel hat nur Bedeutung für das preussische Recht. Nach den anderen einschlagenden Rechten[1]) ist das behandelte Geschäft ein Kaufvertrag. Art. 338.

Art. 339.

Ein Kauf auf Besicht oder auf Probe ist unter der in dem Willen des Käufers stehenden Bedingung geschlossen, dass der Käufer die Waare besehen oder prüfen und genehmigen werde. Diese Bedingung ist im Zweifel eine aufschiebende. Art. 339.

Der Käufer ist vor seiner Genehmigung an den Kauf nicht gebunden. Der Verkäufer hört auf, gebunden zu sein, wenn der Käufer bis zum Ablauf der verabredeten oder ortsgebräuchlichen Frist nicht genehmigt.

In Ermangelung einer verabredeten oder ortsgebräuchlichen Frist kann der Verkäufer nach Ablauf einer den Umständen angemessenen Zeit den Käufer zur Erklärung auffordern; er hört auf, gebunden zu sein, wenn sich der Käufer auf die Aufforderung nicht sofort erklärt.

Ist die auf Besicht oder Probe verkaufte Waare zum Zweck der Besichtigung ober Probe bereits übergeben, so gilt das Stillschweigen des Käufers bis nach Ablauf der Frist oder auf die Aufforderung als Genehmigung.

Preuss. Entwurf Art. 255. — Entwurf I. Lesung Art. 281. — Entwurf II. Lesung Art. 316.
Protok. S. 609 bis 615. — 1367 bis 1370.

Das behandelte Rechtsinstitut. Der Artikel handelt von einem Kauf, welcher unter der Bedingung geschlossen ist, dass der Käufer die Waare besehen oder prüfen und genehmigen werde. §. 1.

Aus den Worten „unter der in dem Willen des Käufers stehenden Bedingung" ergiebt sich, dass der Käufer nicht verpflichtet ist, zu besehen oder zu prüfen und nach dem Resultat dieses Besehens oder Prüfens seine Genehmigung oder Nichtgenehmigung auszusprechen. (Siehe unten §. 4.)

[1]) Ueber das österreichische Recht vergl. Brix, Commentar zum Handelsgesetzbuch zu Art. 338. Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch zu §. 1163 Nro. 2 a. E. Stubenrauch, Handbuch des Handelsrechts §. 172 Nro. 3.

Art. 339. Aus den folgenden Absätzen geht hervor, dass lediglich die Erklärung der Genehmigung oder Nichtgenehmigung rechtlich von Bedeutung sein soll.

Die Worte „besehen oder prüfen" im ersten Absatz sind folglich ohne rechtliche Bedeutung[1]). Im ersten Satz des ersten Absatzes ist also folgender Satz enthalten: Ist ein Kauf unter der Bedingung geschlossen, dass der Käufer die Waare genehmigen (die Genehmigung der Waare erklären) werde, so gelten folgende Sätze.

§. 2. Das Gesetz giebt nun aber auch in und mit diesem ersten Satz die Definition des Begriffs Kauf auf Besicht oder auf Probe[2]). Was bedeutet dies? Zunächst offenbar, dass, wenn die Parteien bei ihrem Vertragsabschluss die Worte „auf Besicht" oder „auf Probe" brauchen, der Vertrag als in der angegebenen Weise abgeschlossen gelten soll. Selbstverständlich ist, dass, wenn die Parteien etwas anderes beabsichtigt haben, diese Absicht massgebend ist (Art. 278). Eine weitere Bedeutung hat die Definition nicht, namentlich also nicht die, dass die im Artikel aufgestellten Sätze nur dann gelten, wenn der betreffende Vertrag unter Gebrauch der Worte „auf Besicht", „auf Probe" abgeschlossen worden ist. Die Absicht, einen Kauf unter der Bedingung, dass der Käufer die Waare genehmigen werde, abzuschliessen, kann nun auch ausgedrückt sein durch Ausdrücke wie: auf die Probe, zum Besehen, zum Kosten, auf Versuch, auf Prüfung, à l'essai etc. etc. In Betreff der so abgeschlossenen Käufe spricht also das Gesetz zwar nicht aus, dass sie als unter der angegebenen Bedingung abgeschlossen gelten; ergiebt aber der kaufmännische Sprachgebrauch, dass in diesen oder anderen Worten eine Hindeutung auf diese Bedingung enthalten ist, oder steht im einzelnen Fall fest, dass eine solche beabsichtigt ist, so finden auf die so abgeschlossenen Kaufverträge die Sätze unseres Artikels ebenfalls Anwendung, und zwar direct, nicht analog [3]).

§. 3. Der Artikel stellt nun zuerst den Satz auf, dass die den Kauf nach

[1]) Rechtlich in Betracht kommt das Besehen und Prüfen nur insofern, als der Verkäufer dem Käufer die Möglichkeit zur Vornahme der Prüfung gewähren muss.

[2]) Der von Einigen gemachte juristische Unterschied zwischen Kauf auf Besicht und auf Probe ist mit Recht nicht anerkannt.

[3]) Um Missverständnisse zu vermeiden, wäre es allerdings zweckmässig gewesen, das hier behandelte Institut nicht nach der einen Art des Abschlusses, sondern nach seinem Wesen mit dem von Goldschmidt vorgeschlagenen Namen „Kauf nach Belieben" zu bezeichnen. Ebenso ist die Bezeichnung der Parteien als Verkäufer und Käufer nicht genau. In der folgenden Ausführung ist jedoch in beiden Beziehungen die Terminologie des Gesetzes beibehalten worden.

Besicht charakterisirende Bedingung im Zweifel als eine aufschiebende Bedingung aufzufassen sei, so dass also alle aus dieser Auffassung hervorgehenden Folgen eintreten, insbesondere die Gefahr des Kaufobjectes vor erfolgter Genehmigung nicht auf den Käufer übergeht. Diese Rechtsfolgen stellt das Gesetz nicht erschöpfend dar, sondern begnügt sich einige wesentliche Punkte zu regeln, geht aber dabei überall von der Voraussetzung aus, dass der Vertrag unter einer Suspensivbedingung abgeschlossen sei. Ueber den Fall, dass die Bedingung von den Parteien als resolutive beabsichtigt war, enthält das Gesetz keine Bestimmungen. **Art. 339.**

Absatz 1. Unter der **in dem Willen des Käufers stehenden** Bedingung. Gegen den Antrag, die hervorgehobenen Worte zu streichen, wurde bemerkt, „dieselben seien gewählt, um deutlich auszudrücken, dass die Genehmigung der Waare gänzlich in der Willkür des Käufers stehe und um der hin und wieder aufgestellten Ansicht entgegenzutreten, dass dem Verkäufer der Beweis zustehe, die Waare sei so beschaffen gewesen, dass der Käufer habe genehmigen müssen." Protokolle Seite 1368. Anders, wenn der Käufer sich zwar die Prüfung vorbehält, allein nur in der Absicht, die Empfangbarkeit, beziehungsweise Probemässigkeit [4]) der Waare zu untersuchen. In diesem Fall ist der Käufer nicht berechtigt, nach seiner Willkür die Waare zu empfangen oder nicht (dieselbe „aufzuschiessen"), sondern er kann den Empfang nur verweigern, wenn die Waare sich als nicht empfangbar, bezüglich nicht probemässig herausstellt. Die Festsetzung eines Termins für die Vornahme der Prüfung hat die Bedeutung, dass bis zum Ablauf, aber nur bis zum Ablauf desselben die Nichtempfangbarkeit, beziehungsweise Nichtprobemässigkeit geltend gemacht werden kann. Ein solcher Vertrag ist regelmässig beabsichtigt, wenn die Clauseln „auf Nachstechen", „auf Nachziehen", „auf Probe und auf Besicht" gebraucht sind [5]). §. 4.

Im Zweifel. Die entgegenstehende Absicht der Parteien kann aus den sonstigen Vertragsbestimmungen erkannt werden. So wird, z. B. wenn verabredet ist, dass das Kaufobject sogleich tradirt werden soll, und zwar nicht bloss zum Zweck der Prüfung [6]), oder dass der Kaufpreis §. 5.

[4]) Vorausgesetzt wird in diesem Falle, dass der Kauf zugleich nach Probe abgeschlossen ist. S. Art. 340, Bemerkungen §. 2.

[5]) Siehe über diese Clauseln Goldschmidt, Zeitschrift, Bd I, S. 440 u. ff.

[6]) Dies kann z. B. daraus ersichtlich sein, dass der Käufer die zu tradirende Sache in anderer oder in umfangreicherer Weise gebrauchen soll, als zum Zweck der Prüfung erforderlich ist.

Art. 339. sofort oder vor Ablauf der verabredeten Prüfungsfrist zu bezahlen ist [7]), regelmässig auf Festsetzung einer Resolutivbedingung zu schliessen sein.

§. 6. **Absatz 2.** Der Käufer ist durch den Abschluss des Vertrags nicht gebunden, der Verkäufer ist sofort gebunden. Das Rechtsverhältniss hat dieselbe Wirkung wie eine Verkaufsofferte vor Ablauf der zur Erklärung des Oblaten gesetzlichen oder vom Offerenten bewilligten Frist [8]). Die innere Verschiedenheit liegt nur darin, dass bei unserem Institut der Verkäufer durch Vertrag an seine Verkaufsofferte gebunden ist. Es liegt also recht eigentlich ein pactum de vendendo vor. Von den Bestimmungen des dritten Abschnitts des ersten Titels dieses Buchs können hiernach nicht zur Anwendung kommen Artikel 318; 319, Absatz 1; 320, Absatz 1; 323, Absatz 1. Alle übrigen die Annahme betreffenden Bestimmungen dagegen sind auch auf die Genehmigungserklärung bei dem Kauf auf Besicht anwendbar.

§. 7. **Genehmigung,** d. h. Erklärung des Käufers, dass er die Waare billige. Diese Erklärung kann ausdrücklich gegeben werden, aber auch stillschweigend [9]). Eine stillschweigende Genehmigung wird z. B. regelmässig liegen in der Annahme der Waare, namentlich dem Abholen derselben nach erfolgter Prüfung, in der Consumtion der zum Zweck der Prüfung übergebenen Waare oder von Theilen derselben in einem grösseren Umfang, als zur Prüfung erforderlich ist, in Disposition über dieselbe, in Zahlen des Kaufpreises ohne Vorbehalt u. s. w. Insbesondere wird dies der Fall sein, wenn eine Prüfungsfrist nicht verabredet oder ortsüblich anerkannt ist.

Die Genehmigung muss eine unbedingte sein. Eine Genehmigung unter Bedingungen, d. h. mit Modification des Vertrags (hinsichtlich der Grösse des Kaufobjects, der Höhe des Kaufpreises, der Modalität der Zahlung u. s. w.) erscheint als Nichtgenehmigung, verbunden mit einer neuen Kaufofferte (siehe Artikel 322 und Bemerkungen dazu). Dasselbe gilt von der Genehmigung mit Vorbehalt weiterer Prüfung in Betreff besonderer Eigenschaften, sobald dieser Vorbehalt nicht schon nach Artikel 347, Absatz 4 als ein selbstverständlicher erscheint.

7) Nach Munzinger, Motive zu dem Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts, S. 244, bestimmt das Bündner Gesetz, §. 404, dass, wenn der Preis bezahlt ist, eine Resolutivbedingung, wenn er nicht gezahlt ist, eine Suspensivbedingung angenommen wird.

8) Siehe oben Artikel 318. Bemerkungen §. 2. Artikel 319. Bemerkungen §. 7.

9) Der Antrag, statt „nicht genehmigt“ zu setzen „die Genehmigung dem Käufer nicht erklärt“, wurde deswegen nicht angenommen, weil zu befürchten sei, dass man dies von einer ausdrücklichen Erklärung in Worten verstehen werde. Protokolle S. 1368.

Ueber die Wirkung der Billigung hinsichtlich der späteren Geltendmachung von Mängeln siehe unten Artikel 347. **Art. 339.**

Vor seiner Genehmigung. Die in Worten erklärte Genehmigung ist, wenn sie nicht mündlich dem Verkäufer erklärt wird, erst vorhanden, wenn die betreffende Benachrichtigung an den Verkäufer gelangt. Es genügt also nicht, dass der Käufer die Erklärung innerhalb der ihm gestellten Frist absendet. Hinsichtlich des Widerrufs der Genehmigung gilt die Bestimmung des Absatz 2 des Art. 320. Siehe Bemerkungen dazu §. 1 bis 4. §. 8.

Ist durch die rechtzeitig eingetroffene Erklärung der Vertrag perfect geworden, so liegt nunmehr die Voraussetzung des Art. 321 vor. Es ist ein unter Abwesenden verhandelter Vertrag zu Stande gekommen. Als Zeitpunkt des Abschlusses desselben gilt daher der Zeitpunkt, in welchem die Genehmigungserklärung behufs der Absendung abgegeben ist[10]).

Der Verkäufer hört auf gebunden zu sein, d. h. die Wirksamkeit des abgeschlossenen Vertrags erlischt, 1) mit Ablauf der Zeit, für welche derselbe abgeschlossen ist, entweder a. nach Ablauf der verabredeten Frist, oder b. nach Ablauf der ortsüblichen Frist, oder c. nach Ablauf einer den Umständen angemessenen Frist; 2) wenn der Verkäufer schon vorher erklärt, die Waare zu genehmigen, (Art. 320, Bemerkungen Note 1). §. 9.

Unter **verabredeter Frist** ist zunächst die Vereinbarung einer bestimmten Zeitdauer zu verstehen. Das Ende der Frist kann auch abhängig gemacht werden von dem nicht fest bestimmten Eintritt eines Ereignisses, z. B. der Ankunft eines Dritten, welcher die Prüfung vornehmen soll, oder einer Thatsache, welche die Vornahme der Prüfung ermöglicht, ja selbst von der thatsächlichen Vornahme der Prüfung durch den Käufer. Der Eintritt dieses Ereignisses ist von dem zu beweisen welcher sich darauf beruft. Ist verabredet, dass der Käufer sofort nach der vorgenommenen Prüfung sich zu erklären habe, jedoch die Zeit, in welcher der Käufer die Prüfung vorzunehmen habe, nicht ausdrücklich in die Willkür des Käufers gestellt, so ist anzunehmen, dass er sobald als möglich zu prüfen habe, so dass er zwar an die ortsübliche Frist gebunden ist, der Käufer aber eine Aufforderung zur Erklärung nach Absatz 3 ergehen lassen kann. §. 10.

Ortsgebräuchlich. Die in einem dem allgemeinen bürgerlichen §. 11.

[10]) S. Art. 321 und Bemerkungen dazu.

Art. 339. Recht angehörigen Gesetz festgestellte Frist ist nicht unter der ortsgebräuchlichen zu verstehen.

Die Bestimmung in Artikel 330, Absatz 2, und Artikel 332 bezieht sich nicht auf die Erklärung der Genehmigung.

§. 12. Ist eine Frist verabredet oder eine solche ortsgebräuchlich, so ist es gleichgültig, ob die Vornahme einer eingehenden Prüfung während dieser Zeit durch casus unmöglich war. Ist die Verhinderung oder Erschwerung der Prüfung jedoch durch culpa des Verkäufers herbeigeführt, so ist die Frist (verhältnissmässig) zu verlängern. Eine culpa des Verkäufers kann auch darin liegen, dass er im Vertrag falsche oder ungenügende Angaben über Umstände, welche auf die Möglichkeit der Prüfung Einfluss haben, macht.

§. 13. **Absatz 3. Den Umständen angemessene Zeit.** Obgleich der Käufer nicht zu prüfen braucht, und seine Erklärung durch das Resultat der Prüfung rechtlich nicht bedingt ist, so geht doch die regelmässige Absicht der Parteien dahin, dass er prüfe und dem gewonnenen Resultat einen Einfluss auf seine Erklärung gestatte. Ist daher eine Erklärungsfrist weder verabredet, noch ortsüblich, so muss ihm doch wenigstens eine Frist von solcher Dauer gestattet werden, dass er während derselben eine hinreichende Prüfung vornehmen kann. Von Einfluss auf die Berechnung dieser Dauer ist mithin besonders die Quantität und Qualität der Waare, aber auch der Ort der Lagerung derselben, sowie sonstige Umstände, welche die Prüfung erleichtern oder erschweren. Waren diese Umstände dem Verkäufer bei Abschluss des Vertrags bekannt, so kann der Käufer dieselben unbedingt geltend machen, auch wenn sie in seiner eigenen Person liegen. Waren sie ihm nicht bekannt, so braucht der Verkäufer Hindernisse der letzteren Art nicht zu berücksichtigen, wohl aber solche, welche die Besichtigung der Waare überhaupt verhindern oder erschweren [11]).

§. 14. Für die **Aufforderung** sind keine Solennitäten, namentlich nicht Schriftlichkeit vorgeschrieben. Dass sie erfolgt sei, hat der Verkäufer zu beweisen.

§. 15. **Sofort.** Bei einer mündlichen Aufforderung in continenti, bei einer Aufforderung durch Brief oder Telegramm, so schnell als es nach dem üblichen Geschäftsverkehr ohne übermässige Anstrengung erfolgen konnte, bez. so schnell, dass dem Käufer keine Verzögerung zur Last gelegt werden kann, vergl. Artikel 319, Bemerkungen §. 10. Eine Frist zur Ueberlegung

[11]) Z. B. die zu besichtigende Waare liegt an einem Orte, an welchen man wegen Naturereignisse nicht gelangen kann.

braucht dem Käufer nicht nachgelassen zu werden (siehe ebendaselbst §. 5), da diese schon in der vorausgehenden „angemessenen Zeit" inbegriffen ist. **Art. 339.**

Wer die **Gefahr der Verspätung** des die Genehmigung enthaltenden Briefs zu tragen hat, bestimmt das Gesetz nicht. Aus allgemeinen Gründen dürfte sie dem Käufer aufzulegen sein, so dass also, wenn die auf die Aufforderung des Verkäufers rechtzeitig abgesandte Genehmigungserklärung verspätet eintrifft, der Verkäufer nicht gebunden ist. Doch ist auf diesen Fall die Bestimmung des Artikels 319, Absatz 2, welche ja nur eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes ist, dass der bona fides gemäss zu verfahren ist (siehe Artikel 319, Bemerkungen §. 8 bis 11), analog anzuwenden. Die daselbst in §. 8 behandelte Controverse kann hier nicht vorkommen, da die Aufforderung nicht die Offerte selbst enthält, sondern nur die Genehmigungsfrist ihrem Ende nach bestimmt, diese Wirkung aber erst vom Moment der Ankunft bei dem Käufer an haben kann. Der Käufer braucht sich auf die Aufforderung nur zu erklären, beziehungsweise das Stillschweigen auf die ergangene Aufforderung hat nur dann die in Absatz 3 und 4 bestimmte Bedeutung, wenn die Aufforderung nach Ablauf einer den Umständen angemessenen Zeit ergangen (genauer: bei dem Käufer eingetroffen) war. Ueber die Angemessenheit der Frist entscheidet das richterliche Ermessen. §. 16.

Es könnte sich noch fragen: wenn die Aufforderung zu einer Zeit geschah, in welcher die erforderliche Frist noch nicht als verlaufen anzunehmen war, ob der Käufer nun nicht etwa verpflichtet sei, sich sofort nach Ablauf dieser Frist zu erklären, auch wenn die Aufforderung nicht wiederholt wird. Im Allgemeinen wird dies zu verneinen sein. Man kann zwar zugeben, dass in einer solchen Aufforderung die eventuelle Aufforderung, sich nach Ablauf der angemessenen Frist zu erklären, enthalten sei. Allein das durch den Abschluss des Vertrags begründete Rechtsverhältniss kann durch die einseitige Willenserklärung des Verkäufers nicht modificirt werden. Eben so wenig, wie der Verkäufer nach Abschluss des Geschäfts eine bestimmte Erklärungsfrist festsetzen kann, kann er auch einseitig bestimmen, dass nach Ablauf einer „angemessenen Frist" der Käufer sich sofort zu erklären habe. Hat aber eine solche einseitige Erklärung keine rechtliche Wirksamkeit, wenn sie ausdrücklich gegeben ist, so kann ihr eine solche auch nicht beigelegt werden, wenn sie durch Interpretation aus einer anderweiten Erklärung ermittelt werden muss. Es liegt hier ein ähnliches Verhältniss wie bei der Mahnung vor. §. 17.

Einer Aufforderung gleich zu achten ist die Erklärung des

Art. 339. Verkäufers, dass er die Genehmigung für erklärt oder verweigert ansehe; z. B. der Käufer schreibt: Da Sie trotz der langen Zeit, welche seit dem Abschluss des Vertrags verflossen ist, sich nicht erklärt haben, so betrachte ich mich nicht mehr für gebunden. Oder der Verkäufer hat eine verfrühte Aufforderung ergehen lassen und schreibt nun nach Ablauf der „angemessenen Zeit“: Da Sie sich auf meine Aufforderung nicht erklärt haben, so habe ich darin Ihre Absicht, nicht genehmigen zu wollen, erkannt. Auf eine derartige Erklärung ist der Käufer, um das Präjudiz der Absätze 3 und 4 zu vermeiden, zur Erklärung verbunden. In derselben Weise kann auch die Anstellung einer Klage wirken.

§. 19. **Sich nicht erklärt**, d. h. nicht seine Genehmigung erklärt, also entweder stillschweigt oder eine andere Erklärung abgiebt [12]), z. B. unter einer Bedingung (etwa dass der Kaufpreis ermässigt werde) genehmigt oder eine Verlängerung der Prüfungszeit verlangt. In beiden Fällen liegt eine Nichtgenehmigung, verbunden mit einer neuen Offerte vor. Die Erklärung braucht nicht in solenner Weise zu erfolgen. Sie kann auch durch concludente Handlungen geschehen; z. B. der Käufer lässt die noch beim Verkäufer befindliche Waare abholen.

§. 20. **Absatz 4.** Es kann vorkommen, dass, obgleich ein Kauf auf Probe unter einer Suspensivbedingung abgeschlossen ist, die Waare schon vor erfolgter Genehmigung dem Käufer in der Absicht übergeben wurde, dass mit der Erklärung das Eigenthum übergehen solle [13]). Der Käufer ist dadurch in der Lage, die übergebene Waare zu prüfen, und der Grund, warum die Waare schon vorläufig tradirt wurde, wird häufig der sein, dass dem Käufer die Prüfung erleichtert wird. Dies ist der in Absatz 4 behandelte Fall.

Zur Interpretation dieser Bestimmung erscheint es zweckmässig, zunächst zu untersuchen, was ohne dieselbe Rechtens sein würde.

§. 21. Der Käufer, dem die Waare übergeben ist, hat custodia zu prästiren; sonst ist an dem Rechtsverhältniss unter den Parteien nichts geändert, namentlich kann der Kauf nur durch eine Erklärung des Käufers, dass er die Waare genehmige, zu Stande kommen. Da nun aber die Erklärung der Genehmigung oder Nichtgenehmigung nicht mit ausdrücklichen Worten, überhaupt nicht mit Worten zu geschehen braucht, so fragt es sich, ob nicht die vorläufige Uebergabe ein für die Beurtheilung der Frage, ob eine Erklärung und welche Erklärung abgegeben sei, einflussreiches Moment bilde. Dies ist in der That der Fall. So wird es wohl nicht

[12]) Anders nach Absatz 4.

[13]) Genauer: dass mit der Genehmigung die Wirkungen der Eigenthumstradition eintreten sollen.

zu bezweifeln sein, dass durch die Zurücksendung der Waare oder durch die Stellung derselben zur Disposition die Nichtgenehmigung erklärt ist. Ebensowenig wird es Bedenken haben anzunehmen, dass, wenn verabredet war, der Käufer solle im Falle der Nichtgenehmigung die Waare zurücksenden, die Unterlassung der Absendung als eine Genehmigung aufzufassen ist. Aber man kann wohl noch weiter gehen. Wenn eine Person, welche mit einer andern in Geschäftsverbindung steht, eine Sache der letzteren, auf welche sich diese Geschäftsverbindung bezieht, ohne Grund in ihre Detention erhält, sei es, dass von Anfang an eine causa possessionis nicht vorhanden ist, indem z. B. ein offerirtes Vertragsverhältniss nicht angenommen wird, sei es, dass der Grund, aus welchem bisher detinirt wurde, ohne Veranlassung des Eigenthümers hinweggefallen ist, so entspricht es der im Handelsverkehr herrschenden Sitte, dass der Detentor dieses dem Eigenthümer anzeigt und ihm seine Sache zur Disposition stellt [14]). Dass eine solche Anzeige gemacht werde, wird aber gerade in unserem Fall mit um so grösserem Recht verlangt werden können, als hier in Betreff der fraglichen Sache ein Vertrag geschlossen und es lediglich von der Willkür des Detinenten abhängig gemacht ist, ob er mit oder ohne Grund detiniren will. Kann also der Verkäufer in dem Fall, dass der Käufer nicht genehmigt, die Anzeige, beziehungsweise die Dispositionsstellung der eventuell übergebenen Waare erwarten, so ist er auch berechtigt, anzunehmen, dass, wenn die Anzeige nicht erfolgt, der Käufer dadurch seinen Willen erklärt, nicht ohne Grund detiniren zu wollen, d. h. also genehmigen zu wollen. Würde jedoch zwischen dem Verkäufer und dem Käufer noch ein anderes Rechtsverhältniss bestehen, aus welchem der Käufer die ihm übergebene Waare auch nach ausdrücklicher Nichtgenehmigung doch mit Grund detiniren würde, so kann das Stillschweigen in der kritischen Zeit und die Fortdauer der Detinirung nicht als Genehmigung interpretirt werden [15]). **Art. 339.**

Genau das Entwickelte [16]) wird in Absatz 4 gesetzlich sancirt [17]). Dies geht aus der Fassung hervor, namentlich aus den Worten §. 22.

[14]) Eine gesetzliche Anerkennung hat diese Sitte gefunden in Artikel 323.

[15]) Siehe das Nähere darüber unten §. 23.

[16]) Die preussischen Motive Seite 135 sagen: „Dem Handel widerstrebt es im Allgemeinen, dass abgelieferte Waaren zum Verkäufer wieder zurückkehren; es ist hier der Wirklichkeit entsprechender, das Stillschweigen des Käufers als ein Belassen bei der bereits von der anderen Seite stattgehabten factischen Ausführung des Vertrags und den fortgesetzten Besitz der Waaren bis nach Ablauf der Erklärungsfristen dahin zu deuten, dass der Käufer den Handel genehmigen wolle."

[17]) Durch die gesetzliche Anerkennung ist der Zweifel beseitigt, ob nicht die besprochene Sitte nur als eine speciell kaufmännische aufzufassen sei, so dass den Nichtkaufmann das Präjudiz der Annahme der Genehmigung nicht träfe.

Art. 339. „bereits übergeben“ und zum „Zweck der Besichtigung oder Probe.“

Bereits übergeben, d. h. übergeben in der Absicht, durch die Uebergabe den Kauf eventuell (d. h. wenn derselbe in Folge der Genehmigungserklärung zu Stande komme) zu erfüllen[18]; die Waare muss also nicht nur bis zum kritischen Zeitpunkt bei dem Käufer geblieben, sondern es muss dies auch von Anfang an beabsichtigt gewesen sein. War die Waare dagegen zu dem Zweck dem Käufer überlassen, damit dieser sie prüfe und sie nach Ablauf der Frist, gleichviel ob er sie genehmigen oder nicht genehmigen werde, zurückgebe, und sollte im ersten Fall erst später die Uebergabe zum Zweck der Erfüllung stattfinden, so ist nicht „bereits“ übergeben worden. Es findet also auch die Bestimmung des Absatzes 4 nicht statt. Beispiel: Ich schliesse einen Kauf auf Probe über ein Pferd, ein Buch, ein Bild ab [19]) mit einer Genehmigungsfrist von drei Tagen, während welcher das Kaufobject mir übergeben werden soll; die Tradition aber soll erst in vier Wochen erfolgen. Behalte ich das Kaufobject über die drei Tage hinaus, so detinire ich es in diesem Fall ohne Grund, auch wenn ich es zu genehmigen beabsichtige. Mein Stillschweigen kann also nicht als Genehmigungserklärung interpretirt werden.

Sollte eine andere Person die Prüfung vornehmen, und war ihr zu dem Ende das Kaufobject übergeben, so ist zu unterscheiden, ob diese Person für den Fall der Genehmigung das Object behalten und für den Käufer detiniren oder ob sie dasselbe dem Verkäufer zurückgeben oder in seinem Namen dasselbe tradiren sollte.

§. 23. **Zum Zweck der Besichtigung oder Probe.** Ist die Waare übergeben, so ist dem Käufer die Möglichkeit, die Besichtigung vorzunehmen, eingeräumt. Dass derselbe aber von dieser Möglichkeit Gebrauch mache, ist, sobald ein Kauf auf Besicht abgeschlossen ist, in der vernünftigen Absicht der Parteien enthalten, mithin braucht nicht bewiesen zu werden, dass diese Absicht der Uebergabe zu Grunde lag (Protokolle Seite 1369). Trotzdem ist es nicht ohne Bedeutung, dass die Worte „zum Zweck der

[18]) Der Uebergabe steht das Belassen der Waare, welche sich bis dahin aus einem anderen Grunde bei dem Käufer befand, gleich. Die Uebergabe kann nur mit Consens des Käufers erfolgen; ist jedoch nicht verabredet, dass die Waare schon vor der Genehmigungserklärung tradirt werden solle, und übersendet der Verkäufer die Waare trotzdem in der Absicht, eventuell zu tradiren, so ist, wenn der Verkäufer nicht erklärt, die Zusendung nicht als Tradition anerkennen zu wollen, seine Einwilligung in die eventuelle Tradition im Zweifel anzunehmen. Hat er aber diese Erklärung abgegeben, oder ist seine Nichteinwilligung in die Tradition sonst anzunehmen, so findet die Bestimmung des Absatzes 4 nicht Anwendung.

[19]) Bei sogenannten Kaufmannswaaren wird der Fall nicht leicht vorkommen.

Besichtigung" gebraucht sind. Sie beschränken die Voraussetzung, unter welcher das Stillschweigen ausnahmsweise als Genehmigung aufgefasst werden soll. Dies wird wichtig, wenn andere Zwecke der Uebergabe concurriren. Wird durch dieselbe ein Rechtsverhältniss hervorgebracht, welches in seinen Wirkungen von dem durch die Uebergabe zum Zwecke der Besichtigung entstandenen verschieden ist, so liegt die Voraussetzung des Absatzes 4 nicht vor, findet die Bestimmung desselben mithin auch keine Anwendung. Ist (bei einem suspensiv abgeschlossenen Kauf auf Besicht) die Waare zum Zweck der Besichtigung übergeben, so detinirt nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Absatz 1 bis 3 unseres Artikels der Käufer sie nur so lange mit Grund, als die Genehmigungsfrist läuft; vom Ablauf derselben an, beziehungsweise nach ergangener Aufforderung des Verkäufers detinirt er sie ohne Grund. Ist dagegen die Waare nicht bloss zum Zweck des Besichts, sondern z. B. auch zum Zweck der Lagerung oder als Pfand übergeben, so hört mit Ablauf der Genehmigungsfrist der Käufer nicht auf, mit Grund zu besitzen. Seine Stellung zum Verkäufer ist also eine völlig andere. Er ist nicht veranlasst, die Waare zurückzusenden oder sie zur Disposition zu stellen, ja er kann dies, wenn das Depositum oder der Pfandvertrag auf eine bestimmte Zeit geschlossen ist, nicht einmal thun. Bestimmt daher das Gesetz, dass in ersterem Fall das Stillschweigen ausnahmsweise als Genehmigung aufzufassen sei, so findet diese Bestimmung keine Anwendung, wenn durch Hinzutreten eines weiteren Zwecks der Uebergabe das durch die Uebergabe begründete Rechtsverhältniss ein anderes wird. Ob von Anfang die Uebergabe aus den verschiedenen Gründen erfolgte oder ob sie ursprünglich nur aus einem Grunde geschah und später erst der andere Detentionsgrund dazutrat [20]), ist gleichgültig. Endigt jedoch vor Ablauf der Genehmigungsfrist oder mit dieser zugleich das Depositum oder der Pfandvertrag, so tritt die Wirkung des Absatzes 4 ein; z. B. der Verkäufer ertheilt dem Käufer mit der Aufforderung, seine Erklärung in Betreff der Genehmigung abzugeben, die Ordre, die bei ihm gelagerte Waare, wenn er sie nicht genehmige, ihm zurückzugeben [21]) oder er berichtigt die Pfandschuld.

Art. 339.

Beabsichtigt der Käufer, die nicht genehmigte Waare auf Grund des Artikels 313 zu retiniren, was an sich [22]) zulässig ist, so entzieht dies

[20]) Z. B. über die verpfändete oder gelagerte Waare wird ein Kauf auf Besicht mit dem Pfandinhaber oder Depositar abgeschlossen oder umgekehrt.

[21]) Diesem steht gleich die Ordre, einem Dritten die Waare zur Verfügung zu stellen.

[22]) Nicht zulässig erscheint es, wenn der Verkäufer den Käufer angewiesen

Art. 339. dem Stillschweigen die in Absatz 4 ausgesprochene Wirkung nicht, da nach Artikel 315 der Gläubiger verpflichtet ist, den Schuldner von der Ausübung des Retentionsrechts ohne Verzug zu benachrichtigen. Anders, wenn schon bei der Uebergabe der Sache die Eventualität der Retention von den Parteien ins Auge gefasst worden war, das Retentionsrecht mithin als ein vertragsmässig constituirtes erscheint.

§. 24. **Stillschweigen** d. i. Nichtabgeben irgend einer betreffenden Erklärung. Wird eine solche abgegeben, so ist sie selbständig zu interpretiren und es kann, wenn sie nicht ausdrücklich auf Nichtgenehmigung geht, nicht etwa Genehmigung angenommen werden [23]). Auch im Falle des Absatzes 4 kann die Nichtgenehmigung durch concludente Handlungen erklärt werden, z. B. durch einfaches Zurückschicken der Waare. Die Bitte um Verlängerung der Besichtigungsfrist oder die Erklärung, dass in einer bestimmten Frist eine Erklärung abgegeben werden solle, ist als Nichtgenehmigung aufzufassen, verbunden mit einer neuen Offerte eines Kaufs auf Besicht.

§. 25. **Bis nach Ablauf der Frist.** Die Erklärung des Käufers braucht nicht innerhalb der Frist beim Verkäufer eingetroffen zu sein, um das Zustandekommen des Geschäfts auszuschliessen, denn erst mit dem Ablauf der Frist kann ja das Stillschweigen als Genehmigung aufgefasst werden. Erst dann also, freilich aber auch dann sofort, ist Veranlassung gegeben, diese Auffassung des Schweigens auszuschliessen.

Art. 340.

Art. 340. Ein Kauf nach Probe oder Muster ist unbedingt, jedoch unter der Verpflichtung des Verkäufers geschlossen, dass die Waare der Probe oder dem Muster gemäss sei.

Preuss. Entwurf Art. 256. — Entwurf I. Lesung Art. 282. — Entwurf II. Lesung Art. 317.

Protok. S. 615 bis 617. — 1370. — 4585 bis 4590.

§. 1. Auf Grundlage einer Probe [1]) kann ein Kauf als bedingter, wie als unbedingter abgeschlossen werden, d. h. so, dass die Perfection oder das

hat, die Waare im Fall der Nichtgenehmigung sofort zurückzusenden (siehe oben Artikel 313, Bemerkungen §. 17. u. f.

[23]) Dies würde der Fall sein, wenn der Vertrag unter einer Resolutivbedingung abgeschlossen wäre.

[1]) „Nach Probe", „nach Muster", „laut Probe", „sur échantillon".

Fortbestehen des Vertrags von der (Suspensiv- oder Resolutiv-) Bedingung abhängig gemacht ist, dass die Waare der Probe entspreche, oder so, dass der Verkäufer verpflichtet ist, probemässige Waare zu liefern, bez. dafür einzustehen hat, dass die Waare der Probe entspricht. An den meisten Orten wird regelmässig der Kauf im zweiten Sinne gemeint sein. Das Gesetzbuch stellt eine Präsumtion in diesem Sinne auf. Dies ist der gesetzliche Inhalt der in Art. 340 enthaltenen Definition. **Art. 340.**

§. 2. An manchen Orten ist jedoch der Abschluss von Käufen nach Probe im ersteren Sinne üblich. Ist erkennbar, dass die Absicht der Parteien auf Abschluss eines bedingten Kaufs gerichtet war, so ist diese Absicht massgebend, und Art. 340 steht dem nicht entgegen. Ueber solche Käufe sprechen die Motive zum Hamburger Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch (§. 42) sich folgendermassen aus [2]):

„Es kommen an hiesiger Börse Geschäfte vor, bei denen, wenn sie auch als Käufe nach Probe bezeichnet werden, die, wenn auch nicht ausgesprochene, Absicht der Parteien dahin geht, dieselben, wenn die Waare nicht nach Probe fällt, als nicht geschlossen anzusehen. Es sind das Verkäufe specieller Partien Waaren, welche am hiesigen Platze lagern, und welche, wenn die Localverhältnisse es zuliessen, erst von dem Reflectanten besehen und dann, wie besehen, gekauft werden würden, bei denen aber der Abschluss nur deshalb vor der Besichtigung der Waare geschieht, weil die Waare nicht im Augenblick des Contractabschlusses zur Besichtigung vorliegt und deshalb einstweilen durch die Probe repräsentirt wird. Diese Geschäfte kennzeichnen sich dadurch, dass ausser der Erwähnung der Probemässigkeit dem Käufer eine entweder für das specielle Geschäft oder usancemässig bestimmte Frist zur Prüfung der Waare eingeräumt wird (z. B. morgen nachzustechen). Erweist sich die Waare bei dieser Prüfung nicht als probemässig, so hat der Käufer das Recht, dieselbe aufzuschiessen, und gilt dann das Geschäft als nicht geschlossen, während, wenn der Käufer innerhalb dieser Frist gar keine Erklärung abgiebt, die Waare als definitiv genehmigt gilt. Zur Vermeidung von Missverständnissen ist in §. 43 [3]) des Einführungsgesetzes ausdrücklich bestimmt, dass

[2]) Mittheilung des Senats an die Bürgerschaft vom 31. August 1864 (Nro. 74) S. 337. — Vergl. auch das von Hamburg gestellt gewesene Monitum Nro. 329 und die Verhandlungen darüber in dritter Lesung. Prot. S. 4585 bis 4590.

[3]) §. 42 des publicirten Gesetzes. Dasselbe lautet: „Wenn der Verkäufer sich im Vertrage eine vom Käufer in bestimmter oder gebräuchlicher Frist vorzunehmende Prüfung der Probemässigkeit (Nachstechen, Nachziehen u. s. w.) ausbedungen hat, so gilt es im Zweifel als die Absicht der Contrahenten, dass der Vertrag im Falle befundener Probewidrigkeit als nicht geschlossen behandelt werden soll. Lässt der Käufer in diesem Falle die Frist verstreichen, ohne die Prüfung vorzunehmen, so kann er die Nichtübereinstimmung der Waare mit der Probe nicht ferner geltend machen.“

Art. 340. diese Geschäfte auch fernerhin trotz der Bezeichnung derselben als Käufe nach Probe nach der vom Artikel 340 abweichenden Intention der Parteien aufgefasst werden sollen."

Ueber die sogenannten Ausfallsproben vergl. Art. 347 Bemerkungen §. 17.

§. 3. Ob das Geschäft auf Grundlage der Probe abgeschlossen worden ist, ob also dieselbe einen Bestandtheil der lex contractus bilde, ist quaestio facti. Ein Erkenntniss des Oberappellationsgerichtes zu Dresden enthält in diesen Beziehungen folgende Bemerkungen: „Soll angenommen werden können, dass ein Handel der gedachten Art abgeschlossen worden sei, so muss feststehen, es sei die Willensmeinung der Contrahenten bei dem Vertragsabschluss dahin gegangen, dass eine gewisse von dem Verkäufer, oder nach Befinden auch von dem Käufer vorgelegte Probe die Grundlage des ganzen Geschäfts dergestalt gebildet habe, dass die Einwilligung des Käufers nur unter der Voraussetzung und Bedingung erfolgt sei, dass die ihm zu liefernde Waare ihrer Beschaffenheit nach der vorgezeigten Probe gleiche. Es lässt sich nicht in allen Fällen, wo eine Probe oder ein Muster vorgelegt worden, wegen dieses Umstandes allein präsumiren, dass diese Probe wirklich die Grundlage des ganzen Vertrags in dem gedachten Masse habe abgeben sollen, sondern es wird in jedem einzelnen Falle aus den concurrirenden factischen Umständen zu entnehmen sein, ob die Probe wirklich für die Beschaffenheit der zu liefernden Waare habe massgebend und der Käufer zur Annahme der letzteren nur dann habe verpflichtet sein sollen, wenn diese der Probe genau entsprechen würde. Die tägliche Erfahrung lehrt, dass oft Proben oder Muster vom Verkäufer vorgezeigt zu werden pflegen, um seine Waare im Allgemeinen zu empfehlen, und wenn dann der Käufer durch die Beschaffenheit der Proben nur überhaupt bewogen wird, eine Bestellung auf eine gewisse Waare zu bewirken, so involvirt das noch nicht ohne weiteres einen Handel nach Probe" [4]).

§. 4. Die Uebergabe „der Probe" an den Käufer [5]) wird regelmässig die Absicht bekunden, dass nach Probe abgeschlossen werden solle; dagegen kann daraus, dass die Uebergabe der Probe nicht erfolgt ist, an sich nicht auf die gegentheilige Absicht geschlossen werden. Deutlich wird z. B. die Absicht, dass nach Probe verkauft ist, dann sein, wenn der Verkäufer eine Musterkarte vorlegt, auf welcher die Muster mit Nummern bezeichnet sind, und eine Quantität einer bestimmten Nummer bestellt wird.

[4]) Löhr's Central-Organ N. F. Bd. II, S. 50. vergl. auch S. 204.

[5]) Umgekehrt kann auch der Käufer die Probe, das Muster beschaffen, auf dessen Grund hin er z. B. eine Bestellung bei einem Fabricanten macht.

Verpflichtung des Verkäufers. Ist eine Species verkauft, so hat der Verkäufer versprochen, die specielle Sache zu liefern, und erklärt, dass die verkaufte Sache der Probe entspreche. Ist eine Gattung verkauft, so hat der Verkäufer versprochen, der Probe entsprechende Waare zu liefern. Art. 340. §. 5.

Ueber die Verpflichtung des Käufers zum Empfang vergl. Bemerkungen zu Art. 346. Entspricht die Waare der Probe, so ist der Käufer zum Empfang verpflichtet. Die Parteien können aber auch noch über besondere Eigenschaften der Waare übereingekommen sein, welche dann ebenfalls vom Verkäufer zu prästiren sind. Die Probe dient in diesem Fall nur zur Bestimmung der übrigen Eigenschaften der Waare, oder die Probe wird nur zur Bestimmung einer gewissen Eigenschaft gegeben. Z. B. ein Gewebe wird als Probe gegeben zur Bestimmung der Qualität und Stärke der Faden, der Art der Weberei, nicht aber der Farbe der gekauften (bestellten) Gewebe, die vielleicht ganz oder zum Theil anders als die der Probe sein soll; oder umgekehrt: die Probe dient lediglich zu Bestimmung der Farbe. Es wird eine Regalia als Probe gegeben und über Trabuccos von demselben Deckblatt und derselben Einlage abgeschlossen. §. 6.

In Betreff derjenigen Eigenschaften, für deren Beurtheilung die Probe nicht gegeben ist, sind die sonstigen Erklärungen des Verkäufers und in deren Ermangelung die gesetzlichen Bestimmungen über Qualität entscheidend. In welchem Umfang die Probe massgebend sein soll, ist quaestio facti. Nur soviel lässt sich allgemein sagen. Sie kann nicht massgebend sein, also auch nicht massgebend sein sollen für diejenigen Eigenschaften, welche sich aus der Probe nicht erkennen lassen. Dies gilt sowohl von denjenigen Eigenschaften, welche sich überhaupt nicht aus der Probe erkennen lassen [6]), als auch von denen, die zur Zeit des Kaufabschlusses nicht erkannt werden können. Finden sich also an der Probe heimliche Mängel, d. h. solche, welche sich bei einer sofortigen ordnungsmässigen Untersuchung nicht entdecken lassen (Art. 347), so ist der Verkäufer nicht etwa berechtigt, eine mit solchen Mängeln behaftete Waare zu liefern [7]).

Ist die Waare so beschaffen, dass die Probemässigkeit nur durch Consumtion der Probe erforscht werden kann, so ist der Käufer befugt, dieselbe nach Bedürfniss ganz oder theilweise zu consumiren. §. 7.

[6]) Manche Eigenschaften lassen sich nur erkennen, wenn ein grösseres Quantum, als zur Probe gegeben zu werden pflegt, vorliegt, z. B. die gleichmässige Beschaffenheit der Waare, namentlich bei Geweben die Gleichmässigkeit in Farbe, Glanz etc.

[7]) S. Art. 347 Bemerk. §. 16.

Art. 340. §. 8. Ueber den Beweis der Probemässigkeit hat das Gesetzbuch keine Bestimmungen [8]). Ebensowenig über die Rechtsverhältnisse hinsichtlich der Probe selbst [9]). Ueber die Pflicht des Mäklers zur Aufbewahrung der Probe s. Art. 80.

Art. 341.

Art. 341. Ein Kauf zur Probe ist unbedingter Kauf unter Hinzufügung des Beweggrundes.

Preuss. Entwurf Art. 258. — Entwurf I. Lesung Art. 284. — Entwurf II. Lesung Art. 318.

Protok. S. 620. — 1371.

§. 1. Die Motive zum preussischen Entwurf S. 137 sagen:

„Der Kauf zur Probe [1]) ist ein gewöhnliches Kaufgeschäft, bei welchem die Beifügung des Zwecks, dass man „zur Probe" kaufe, für die juristische Beurtheilung gleichgültig ist. Es könnte überflüssig erscheinen, diesen sich von selbst verstehenden Satz besonders hervorzuheben, wenn sich nicht sogar bei namhaften Schriftstellern über Handelsrecht abwei-

[8]) Der preussische Entwurf Art. 256 Abs. 2 bestimmt: „Den Beweis der Probemässigkeit der Waare hat im Fall des Streits der Verkäufer zu führen; jedoch ist er von der Beweislast befreit, wenn der Käufer die ihm auvertraute Probe nicht vorlegt, ohne zu beweisen, dass er hierzu ohne seine Schuld ausser Stande sei."

In erster Lesung wurde diese Bestimmung gestrichen (Protok. S. 617), wohl hauptsächlich aus dem Grunde, weil man nicht annahm, dass die Frage für alle verschiedenen Fälle durch einen Satz entschieden werden könne.

[9]) Der preussische Entwurf bestimmte in Art. 256 Abs. 3: „Die Probe wird dem Käufer als ein Theil der Waare angerechnet." In erster Lesung wurde hinzugefügt: „Wenn nichts anderes verabredet oder ortsüblich ist." (Protok. S. 618.) In zweiter Lesung wurde geltend gemacht: „Dass nach Ansicht mehrerer Handelskammern die Probe beim Zustandekommen des Kaufs in die gekaufte Quantität nicht einzurechnen, dagegen, wenn der Kauf nicht zu Stande komme, zurückzugeben sei." Dagegen wurde bemerkt: „In der Regel werde auf die Probe wegen deren Geringfügigkeit gar kein Gewicht gelegt, in anderen Fällen würden die Muster und Proben sofort beim Empfang bezahlt, und nur in denjenigen Fällen, wo ein bedeutender Theil der Waare als Probe gegeben werde, könne von einer Anrechnung die Rede sein. Bei der Verschiedenheit der einzelnen Fälle sei es nicht rathsam, ein Princip aufzustellen, welches möglicher Weise zu Chikanen führen könne, weswegen sich der Antrag empfehle, die Bestimmung zu streichen." Dieser Antrag wurde angenommen. Protokolle S. 1370 f.

[1]) D. h. mit der Erklärung die Waare prüfen zu wollen zum Zweck, davon die Entscheidung über Ankauf weiterer Quantitäten der nämlichen Waare abhängig zu machen.

Mitunter wird der Ausdruck „zur Probe" missverständlich gebraucht für „auf Probe", unter welcher Voraussetzung das Geschäft natürlich unter Art. 339 fällt.

chende Ansichten über den Kauf zur Probe vorfänden (vergleiche z. B. Bender Handelsrecht S. 200 [2]); Pöhls Handelsrecht I. S. 165 [3])." Art. 341.

Der im Artikel aufgestellte Satz ist vollkommen richtig und selbstverständlich, doch veranlasst die Darstellung der in den Motiven als Vertreter einer entgegengesetzten Ansicht aufgeführten Schriftsteller zu folgenden Bemerkungen.

Die (specielle oder generelle) Offerte einer Waare als Probe kann die Bedeutung haben, dass der Verkäufer über die Beschaffenheit und Güte der Waare eine Erklärung oder eine ihn verpflichtende Erklärung nicht geben zu wollen erklärt, und gerade aus diesem Grund das Publicum oder die einzelnen Käufer veranlasst, zunächst ein geringeres Quantum zu kaufen. In diesem Falle ist dem Käufer (welcher die specielle Offerte acceptirt oder auf Grund der generellen Offerte eine specielle stellt, welche der Verkäufer acceptirt) die Möglichkeit entzogen, wegen nicht vertragsmässiger oder gesetzmässiger (Art. 335) Beschaffenheit Ansprüche geltend zu machen. Ja es kann dadurch selbst die Haftung für geheime Mängel ausgeschlossen sein (Art. 347). §. 2.

Eine derartige Auffassung ist aber keineswegs nothwendig, ja in den meisten Fällen wird die Absicht der Parteien dahin gerichtet sein, dass der Käufer Gelegenheit erhält, gewisse specielle Eigenschaften der Waare zu prüfen, über welche man nur durch Consumtion oder Gebrauch oder Feilhalten sich ein Urtheil bilden kann. Ich kaufe 100 Stück Cigarren, ein Pfund Kaffee, ein Dutzend Flaschen Wein, ein Paar Handschuhe, um zu untersuchen, ob bei fortgesetztem Genuss die Consumtibilien mir behagen, ob die Handschuhe bei längerem Tragen halten, und mich durch das Resultat der Untersuchung bestimmen zu lassen, von den Waaren der nämlichen Gattung ferner zu kaufen oder nicht. Der Detaillist kauft eine

[2]) „Eingeschickte oder sonst erlangte Proben verpflichten den Empfänger zu nichts; ist aber eine grössere Quantität zur Probe bestellt, so muss der Verlanger, sollte er mit ihr auch nicht zufrieden sein, sie doch behalten, wenn sie nicht ganz unbrauchbar ist; diese durch Gewohnheit eingeführte Regel ist recht wohl in der Natur der Sache gegründet; denn eine Quantität fordert man offenbar, um es mit ihr einmal zu versuchen, und ist man dann nicht zufrieden, so kauft man demnächst bei einem anderen Kaufmann."

[3]) „Bei einer zum Versuch bestellten kleinen Quantität Waare ist im Zweifel der Empfänger schuldig sie zu behalten und zu bezahlen, selbst wenn sie ihm nicht convenirt. Dies liegt im Begriff des Handels zum Versuch. Denn der Käufer, der eine solche, selbst eine Quantität (Parthei) machende Probe lieferte, versprach keineswegs, dass die Waare wirklich die ihr etwa angerühmte Qualität habe, sondern es machte das Wesen dieses Handels, dass die Probe verbraucht (an Kunden im Detail verkauft, in Fabriken verarbeitet u. dergl.) werden sollte, um danach zu bestimmen, ob der Käufer eine grössere Quantität davon haben wolle oder nicht." Die in der hier folgenden Note 3 geschehene Bezugnahme auf das preussische Landrecht Th. I Tit. 11. §. 333. 336 ist ganz verfehlt, da diese Stellen vom Kauf „auf Probe" handeln.

Art. 341. Quantität neuer Waaren oder Waaren verschiedener Sorten „zur Probe", d. h. er will prüfen, ob diese Waare oder welche Sorte dem abnehmenden Publicum convenire, um danach seine weiteren Bestellungen einzurichten. Dieses Motiv giebt nicht entfernt die Veranlassung zur Annahme, der Käufer habe auf Geltendmachung von Mängeln verzichtet. Sollten aber im einzelnen Fall die Umstände auf einen Verzicht schliessen lassen, so würde dieser im Zweifel sich nur auf die Mängel beziehen, welche Eigenschaften betreffen, die zum Abschluss des Kaufes zur Probe Veranlassung gegeben haben.

Art. 342.

Art. 342. Hinsichtlich des Orts der Erfüllung der Verbindlichkeiten des Verkäufers und des Käufers kommen die Bestimmungen des Art. 324 Abs. 1 zur Anwendung.

Die Uebergabe der Waare geschieht, wenn aus diesen Bestimmungen sich nicht ein Anderes ergiebt, an dem Orte, wo der Verkäufer zur Zeit des Vertragsabschlusses seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnort hatte. Wenn jedoch eine bestimmte Sache verkauft ist, welche sich zur Zeit des Vertragsabschlusses mit Wissen der Contrahenten an einem anderen Orte befand, so geschieht die Uebergabe an diesem Orte.

Der Kaufpreis ist bei der Uebergabe zu entrichten, sofern nicht ein Anderes durch die Natur des Geschäfts bedingt oder durch Vertrag oder Handelsgebrauch bestimmt ist. Im Uebrigen kommt die Bestimmung des Art. 325 auch in Bezug auf diese Zahlung zur Anwendung.

Preuss. Entwurf Art. 259. 271. — Entwurf I. Lesung Art. 284. — Entwurf II. Lesung Art. 319.

Protok. S. 620. 670 f. — 1371 bis 1373. — 5076 f.

§. 1. **Absatz. 2. ein Anderes.** Wie das am Ort, wo der Vertrag erfüllt werden soll, geltende Mass, Gewicht u. s. w. im Zweifel als das vertragsmässige zu betrachten ist (Art 336), so kann umgekehrt die Verabredung einer bestimmten Gattung des Masses, Gewichts u. s. w. ein Moment abgeben für den Schluss auf die Absicht der Parteien, dass der Ort, wo dieses gebräuchlich ist, der Erfüllungsort sein solle.

Ort. S. Bemerkungen zu Art. 324.

Absatz 3. Der preussische Entwurf Art. 271 Abs. 1 lautet: **Art. 342. §. 2.**

„Der Kaufpreis ist, insofern nicht durch Vertrag oder Handelsgebrauch ein Anderes bestimmt ist, am Ort und zur Zeit der Uebergabe zu entrichten [1]).“

Diese Bestimmung wurde wörtlich in den Entwurf I. Lesung (Art. 284 Abs. 3) aufgenommen. In zweiter Lesung wurde, damit nicht der Ort der Uebergabe der Waare auch als Erfüllungsort für die Zahlung des Kaufpreises erschiene, beschlossen, statt: „am Ort und zur Zeit der Uebergabe,“ zu setzen: „bei der Uebergabe,“ und einen Zusatz aufzunehmen:

„Geldzahlungen sind im Zweifel vom Verpflichteten zu überbringen mit Ausnahme der Auszahlung von indossabeln oder auf den Inhaber lautenden Papieren.“ Protok. S. 1372.

Diesem Beschluss gemäss wurde Absatz 3 des Art. 270 des Entwurfs erster Lesung (Art. 325 des Gesetzbuchs) umredigirt und in unserem Artikel auf denselben verwiesen [2]). In dritter Lesung wurde eine geringe Redactionsveränderung vorgenommen. Protok. S. 5076 [3]).

Bei der Uebergabe. Das Gesetzbuch erkennt den allgemeinen Satz an, dass beim Kauf Zug um Zug zu leisten, d. h. dass nur gegen Zahlung des Kaufpreises die Waare zu übertragen und nur gegen Uebergabe der Waare der Kaufpreis zu zahlen ist. Nicht nur behält also der Verkäufer, wenn er die Waare übergeben hat, ohne den Kaufpreis erhalten zu haben, das Eigenthum und hat sofort die Klage auf den Kaufpreis, sondern er braucht nicht einmal ohne zugleich die Zahlung zu empfangen, zu tradiren. §. 3.

Vertrag. Die Verabredung kann auch stillschweigend erfolgen. Eine solche wird namentlich anzunehmen sein, wenn in den zwischen §. 4.

1) Absatz 2 und 3 dieses Artikels lauten:

„Ist auf Credit verkauft, so geschieht die Zahlung am Ort der Niederlassung des Käufers.

Auf Credit ist auch in dem Falle verkauft, wo der Verkauf gegen baare Zahlung geschlossen, gleichwohl die Waare vor erfolgter Zahlung an den Käufer ausgeliefert worden ist.“

Absatz 2 fiel in erster Lesung hinweg wegen des früher beschlossenen (in dem jetzigen Art. 325 enthaltenen) Zusatzes zu Art. 241 des preussischen Entwurfs. Absatz 3 wurde bei derselben Berathung gestrichen. (Protok. S. 670 f.) Das Bedenken, welches zur Aufstellung dieses Satzes geführt hatte, dass sonst die nicht auf Credit verkaufte Waare aus der Hand des dritten Käufers vindicirt werden könnte, ist beseitigt durch Aufnahme des Art. 306.

2) Ueber die Feststellung der Redaction findet sich keine Angabe in den Protokollen. Dieselbe fand statt in den Sitzungen vom 27. Februar und 1. März 1858. Protok. S. 1459 f. 1461 f.

3) S. 5076 der Protokolle ist der von Zeile 15 bis Zeile 9 v. u. von den Worten: „und in einer“ — bis zu: „erfolgen müsse“ enthaltene Satz einzuschieben nach den Worten: „der Zusammenstellung“ in Zeile 4 v. u.

Art. 342. den Contrahenten früher abgeschlossenen entsprechenden Kaufverträgen Credit gegeben worden war.

§. 5. **Handelsgebrauch.** An vielen Handelsplätzen besteht die Handelssitte, dass für gewisse Waaren eine bestimmte Creditzeit gewährt wird. Ist diese Sitte eine allgemeine, so muss angenommen werden, dass wenn nicht Baarzahlung oder eine kürzere Creditzeit verabredet ist [4]), die übliche Creditzeit von den Parteien gemeint ist. Die Creditirung beruht also nicht auf einem Rechtssatz, sondern auf einem stillschweigenden Vertrag, die Fassung des Artikels ist mithin nicht ganz genau. Die Berücksichtigung dieses Momentes kann im einzelnen Fall wichtig werden. Haben z. B. die Contrahenten die betreffende Handelssitte nicht gekannt, so ist sie nicht massgebend, wenn nicht etwa ihre (oder wenigstens des einen Contrahenten) Absicht dahin ging, den Vertrag überhaupt nach der Handelssitte des betreffenden Orts abzuschliessen.

Ist die Dauer des Credits nicht genau verabredet, so ist zunächst die Ortsüblichkeit zu berücksichtigen, sodann sind die Umstände des Falls ins Auge zu fassen, namentlich die Veranlassung zum Creditgeben, die präsumtive Zeitdauer des Wiederverkaufs der Waare oder der daraus gefertigten Fabricate u. s. w. [5]).

Art. 343.

Art. 343. Der Verkäufer ist verpflichtet, die Waare, so lange der Käufer mit der Empfangnahme nicht im Verzuge ist, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns aufzubewahren.

Ist der Käufer mit der Empfangnahme der Waare im Verzuge, so kann der Verkäufer die Waare auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten niederlegen. Er ist auch befugt, nach vorgängiger Androhung die Waare öffentlich verkaufen zu lassen; er darf, wenn die Waare einen Börsenpreis oder einen Marktpreis hat, nach vorgängiger Androhung den Verkauf auch nicht öffentlich durch einen Handels-

[4]) Die einseitige Erklärung des Verkäufers genügt nicht. Bestellt der Käufer eine Waare um einen bestimmten Preis und der Verkäufer schickt dieselbe, bemerkt aber in der Factura, dass er Baarzahlung beanspruche, so liegt ein Fall des Art. 322 vor.

[5]) Das baiersche Handelsappellationsgericht hat in der Verabredung, dass der Kaufpreis „nach Belieben und Möglichkeit“ zu zahlen sei, nach der im Handelsverkehr bestehenden Auffassung den Sinn gefunden, „dass der Käufer erst nach Ablauf der üblichen Creditfrist Zahlung zu leisten habe, und dass auch dann noch mit der Zahlung eine billige Frist zugewartet werden solle.“ Sammlung handelsrechtlicher Entscheidungen in Baiern Bd. I, S. 499. S. auch S. 314.

mäkler oder in Ermangelung eines solchen durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten zum laufenden Preise bewirken. Ist die Waare dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge, so bedarf es der vorgängigen Androhung nicht. Art. 343.

Von der Vollziehung des Verkaufs hat der Verkäufer den Käufer, soweit es thunlich, sofort zu benachrichtigen; bei Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

Preuss. Entwurf Art. 260. — Entwurf I. Lesung Art. 285. — Entwurf II. Lesung Art. 320.

Protok. S. 621 bis 632. — 1373. 1374. 1459 bis 1461. — 5077 f.

Absatz 1 bezieht sich auf die Zeit zwischen dem Abschluss des Kaufvertrags, bez. der Specialisirung der Waare, und der Tradition, bez. dem Zeitpunkt, in welchem der Käufer hätte empfangen müssen. Er entspricht den Bestimmungen des gemeinen Rechts. Irrthümlich ist es, die Bestimmung auch auf die Zeit zu beziehen, in welcher nach geschehener Tradition die Waare sich noch beim Verkäufer befindet. Es geht dies aus dem gebrauchten Wort **Empfangnahme** in Vergleichung mit dem Gebrauch desselben Worts in Art. 346 hervor, ferner auch daraus, dass wenn durch erfolgte Tradition der Kauf erfüllt ist und die Waare bei dem Verkäufer belassen wird, dadurch ein neues Rechtsverhältniss entsteht, welches ganz und gar nicht mehr mit dem Kauf in Verbindung steht. Der Verkäufer steht der Waare gerade so gegenüber, wie der frühere Pfandgläubiger, Commodatar u.s.w., welcher nach Aufhebung des Pfandnexus, Commodats u. s. w. mit dem Pfandschuldner, Commodanten u. s. w. übereingekommen war, dass die Sache noch bei ihm gelassen werden solle. Der Inhalt des Rechtsverhältnisses wird hier wie dort lediglich durch die getroffene Verabredung, bez. durch den aus den Umständen erkennbaren Willen der Parteien bestimmt. Das frühere Rechtsverhältniss ist völlig gleichgültig. Es ist mithin gar nicht denkbar, dass der Gesetzgeber den Inhalt des neuen Rechtsverhältnisses für den Fall habe feststellen wollen, dass es sich an einen Kauf anschliesse[1]). Dass auch der preussische Entwurf die §. 1.

[1]) Es kann je nach der Verabredung locatio conductio operis, depositum, locatio conductio rei oder Commodat (des Lagerplatzes) vorliegen (Thöl, Handelsrecht §. 81), aber ebenso gut auch Commodat oder locatio conductio der tradirten Waare an den Verkäufer, der z. B. ein Interesse hat, sie noch in seiner Auslage zu lassen als Muster für künftige Bestellungen (der Miethpreis kann in einem Abzug am Kaufpreis enthalten sein); auch ein Mandat des Käufers an den Verkäufer kann vorhanden sein u. s. w. u. s. w.

Art. 343. Bestimmung so aufgefasst hat, ist unzweifelhaft. Derselbe enthält ausdrücklich die Worte „bis zur Uebergabe“ [2]) und „so lang der Käufer mit der Empfangnahme nicht säumig ist.“ Dass die ersteren Worte schon in den Entwurf erster Lesung nicht aufgenommen wurden, beruht nicht auf einem Beschluss (vergl. die Bemerkung in zweiter Lesung, Protokolle S. 1373 am Ende) und ist wohl nur aus redactionellen Gründen zu erklären. Die Verbindung der angeführten Worte mit „und“. ist jedenfalls nicht ganz correct; gemeint konnte nur sein „beziehungsweise.“ Ausdrücklich wurde in erster Lesung der Antrag, statt „Uebergabe“ „Abnahme“ zu setzen, verworfen (Protokolle S. 624). Auch in dem für die dritte Lesung zu diesem Artikel von Hamburg gestellten Monitum Nro. 335 wird der Satz in der angegebenen Weise aufgefasst [3]). Der in diesem Monitum gestellte Antrag, den Absatz 1 zu streichen [4]), kam nicht zur Berathung. Die statt dessen beantragte Umänderung des Worts „Empfangnahme“ in „Abnahme“ wurde verworfen (Protokolle S. 5077 [5]).

[2]) Der Verfasser der Motive scheint freilich, wie aus den Citaten auf S. 138 (Absatz 1) hervorgehen dürfte, das Verhältniss nach der Tradition oder wenigstens auch dieses im Auge gehabt zu haben.

[3]) „Unter Empfangnahme ist der Act der Uebergabe der Waare an den Käufer zu verstehen, während die Fortschaffung der übergebenen Waare aus der Behausung des Verkäufers mit Abnahme zu bezeichnen ist.“

[4]) Dieser Antrag war in Anschluss an die in Note 3 angeführten Worte so motivirt: „Für die Zwischenzeit zwischen der geschehenen Empfangnahme und der zu beschaffenden Abnahme — eine Zwischenzeit, welche oft von einiger Dauer ist — würde nur allenfalls von einer dem Verkäufer obliegenden Sorgfalt in der Aufbewahrung dem Käufer gegenüber geredet werden können, obwohl dies kaum zu sagen nöthig ist. Vor der Empfangnahme aber ist ein solches Verhältniss überall nicht das entsprechende. Denn bei der ungleich grösseren Mehrzahl aller Waarenverkäufe wird der Preis nach Mass, Zahl oder Gewicht bestimmt, und wo dies der Fall ist (es möge nun übrigens von einem verkauften Genus oder von einer verkauften speciellen Waare die Rede sein), geht die Gefahr erst mit der Uebergabe (dem Zuwägen, Zuzählen oder Zumessen) vom Verkäufer auf den Käufer über; es muss also bis dahin der Verkäufer die Waare in seinem Interesse, nicht im Interesse des Käufers, mit Sorgfalt aufbewahren. So ist es wenigstens nach den Grundsätzen des gemeinen, auch in Hamburg in dieser Rücksicht geltenden Rechts. Bestehen nach den Landesgesetzen anderer deutschen Staaten für den Uebergang der Gefahr bei Waarenkäufen andere Regeln, so sollte es für eines der ersten Bedürfnisse eines deutschen Handelsgesetzbuchs erkannt werden, in dieser überaus wichtigen Lehre gemeinsame Principien zu schaffen.“

Das Monitum beruht auf dem Missverständniss, dass der Absatz bei allen Käufen zur Anwendung kommen solle. Siehe §. 2.

[5]) Die Motivirung dieses Antrags, „da es sich hier um den Act der Hinwegnahme der Güter handle,“ ist nicht correct; es müsste vielmehr im Sinne des Antragstellers heissen „weil die Sorgfalt bis zum Act der Hinwegnahme dauern muss“ vergl. Monitum Nr. 335. Siehe oben Note 4 am Anfang). Die weitere Motivirung, dass unter Empfangnahme an mehreren grossen Handelsplätzen der kaufmännische Empfang der Güter, d. i. deren Zuwägung, Zumessung u. dergl. und die Genehmigung derselben verstanden werde, ist ebenfalls nicht zutreffend. Es kann wohl vorkommen, dass Güter für empfangbar erklärt werden vor geschehe-

Die Bestimmung ist nicht auf alle Arten von Käufen anzuwenden, sondern ist nur dann von Bedeutung, wenn ein Fall vorliegt, in welchem der Verkäufer durch den casuellen Untergang der Waare von der Verpflichtung, den Kauf zu erfüllen, befreit wird (sei es, dass er den Kaufpreis zu fordern berechtigt ist oder nicht). Sie findet also nicht Anwendung, wenn eine Quantität im Allgemeinen verkauft ist vor der dem Käufer gegenüber erfolgten Ausscheidung. War jedoch eine Quantität aus einer vorhandenen Waarenmenge verkauft, so kann der Satz Anwendung finden. Der Verkäufer kann sich z. B. bei Untergang oder Verschlechterung der grösseren Quantität dem Entschädigungsanspruch des Käufers nur entziehen, wenn er die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes in Betreff der ganzen Waarenmenge angewandt hatte. **Art. 343. §. 2.**

Mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes. Siehe oben Art. 282, Bemerkungen §. 2 und 3. Ueber den Grund, warum ausnahmsweise dem Kaufmann der „Geschäftsmann" substituirt ist [6]), äussern sich die Protokolle (S. 5077 f.): „Nach Art. 265 (Art. 282 des Gesetzbuchs) habe nur derjenige die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu prästiren, welcher ein Geschäft mache, das auf seiner Seite ein Handelsgeschäft sei. Da nun nicht alle Verkäufer Kaufleute und nicht alle von ihnen geschlossenen Verkäufe auf ihrer Seite Handelsgeschäfte seien, z. B. die Verkäufe Seitens der Producenten, könne man dem Verkäufer auch keineswegs die Prästation der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zur Pflicht machen; von einem solchen Producenten könne man nicht immer verlangen, dass er rücksichtlich der Aufbewahrung und der Assecurirung des Kaufobjects u. dgl. dieselbe Umsicht übe wie ein geschäftskundiger Kaufmann. Der Satz, dass der Verkäufer die Sorgfalt des bonus pater familias üben müsse, könne demnach nur dahin ausgedrückt werden, dass der Verkäufer die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns zu prästiren habe." §. 3.

ner Tradition; der kaufmännische Empfang aber enthält nothwendig auch die Tradition, wenn dieselbe nicht schon vorhergegangen ist. — Es musste dies bemerkt werden, weil von manchen Seiten die irrthümliche Interpretation des Absatzes 1 auf diese Stelle der Protokolle gestützt wird (z. B. von Auerbach, das neue Handelsgesetz, Abtheilung 2, S. 58).

[6]) In zweiter Lesung (164. Sitzung) war beantragt worden, statt der im preussischen Entwurf und im Entwurf erster Lesung enthaltenen Worte „mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns" zu setzen „mit Sorgfalt", weil ersterer Ausdruck auf Nichtkaufleute nicht passe, Kaufleute aber schon durch Art. 240 (des Entwurfs erster Lesung, Art. 282 des Gesetzbuchs) zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verpflichtet seien. (Protokolle S. 1373.) In der 173. Sitzung wurde hierauf bei Feststellung der Redaction die jetzige Fassung angenommen. Eine protokollarische Bemerkung findet sich darüber nicht.

Art. 343. §. 4. Liegt in der Verpflichtung, die Waare mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns aufzubewahren, die Verpflichtung, Versicherung zu nehmen? An sich nicht, da der Käufer, sobald die Gefahr auf ihn übergegangen ist (und nur unter dieser Voraussetzung kommt ja der Artikel in Anwendung), selbst ebenso gut Versicherung nehmen kann, als der Verkäufer (vergl. Art. 367, Absatz 2). Der Commissionär ist in der vorliegenden Beziehung in derselben Lage zum Commissionsgut, wie der Verkäufer zur Waare. Nur dann kann eine Verpflichtung des Verkäufers zu versichern, bez. eine Haftung wegen Unterlassung angenommen werden, wenn

1) der Käufer annehmen durfte, dass der Verkäufer versichert hatte, und deswegen seinerseits die Versicherung unterliess. Z. B. der Verkäufer hatte für die verkaufte Waare bisher Versicherung genommen und hebt dieselbe auf, oder er hat der herrschenden Ortssitte gemäss für sein Waarenlager gegen Feuersgefahr Versicherung genommen und hebt die Versicherung für die verkauften Waaren ohne Wissen des Käufers auf. Bei der Versicherung des ganzen Lagers ist nämlich anzunehmen, dass bei Uebergang der Gefahr eines Theils der gelagerten Waaren auf einen anderen diesem die aus der Versicherung entspringenden Rechte zum entsprechenden Theil abgetreten worden seien [7]).

2) Wenn der Waare eine Gefahr drohte, von welcher der Käufer keine Kenntniss hatte und gegen welche der ordentliche Geschäftsmann unter den vorhandenen Verhältnissen Versicherung zu nehmen pflegt, z. B. wenn der Lagerungsort Ueberschwemmungen ausgesetzt war.

Ob der Verkäufer, wenn er versichert hatte, vom Käufer die Prämie ersetzt verlangen kann, ist nicht allgemein zu bestimmen. Selbstverständlich ist, wenn der Verkäufer verpflichtet war, zu versichern, der Anspruch begründet; im Uebrigen sind die Grundsätze über negotiorum gestio massgebend.

§. 5. **Absatz 2.** Voraussetzung dieser Bestimmung ist lediglich die Thatsache, dass der Käufer in mora accipiendi ist. Aus welchem Grunde dieser Verzug hervorgegangen ist, z. B. ob der Käufer sich gar nicht meldet oder ob er die Empfangnahme verweigert, kommt hier nicht in Betracht. Ob der Käufer zugleich mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug ist, ist ebenfalls an sich irrelevant. Ein solcher Verzug kann vorliegen, ohne dass darum der Käufer in mora accipiendi sein muss; z. B. wenn verabredet ist, dass die Zahlung an einem früheren, die Tradition an einem späteren Termine stattfinden solle oder wenn der Ter-

7) Vergl. über die Zulässigkeit der Abtretung dieser Rechte Art. 904.

min für die Zahlung genau und fest bestimmt, für die Tradition aber ein **Art.**
solcher Termin nicht gesetzt war und der Verkäufer noch nicht gemahnt **343.**
hatte. In diesen Fällen kann der Verkäufer von den Befugnissen des Art. 354 Gebrauch machen, nicht aber von denen, welche Art. 343 einräumt, soweit sie in Art. 354 nicht enthalten sind, d. i. von der Befugniss der Deposition auf Gefahr und Kosten des Verkäufers. Umgekehrt kann mora accipiendi, aber nicht mora solvendi vorliegen. Der Käufer hat dann lediglich die in Art. 343, nicht aber die in Art. 354 ihm zugestandenen Befugnisse: er darf nicht vom Vertrag abgehen.

Dagegen wird, wenn die sonstigen Voraussetzungen der mora accipiendi vorhanden sind, der Eintritt dieser mora nicht ausgeschlossen, wenn der Käufer zwar zur Empfangnahme sich bereit erklärt, aber sich weigert, diejenigen ihm obliegenden Leistungen zu erfüllen, von deren Erfüllung der Verkäufer die Uebergabe abhängig zu machen berechtigt ist, wenn z. B. kein Credit gegeben ist und der Käufer den Kaufpreis nicht bei der Tradition zahlen will. Insofern kann also die mora solvendi die mora accipiendi impliciren.

Bei der Betrachtung der vorliegenden Bestimmung ist also davon auszugehen, dass lediglich mora accipiendi auf Seiten des Käufers vorliegt. Insbesondere ist der Umstand, dass die Waare dem Verkäufer als Deckung für den Kaufpreis dient und dienen darf [8]), ganz unberücksichtigt zu lassen, wie derselbe denn auch, wenn der Kaufpreis bereits gezahlt ist, ganz hinwegfällt. Das Interesse des Verkäufers besteht wesentlich darin, sich der Waare zu entschlagen, nicht genöthigt zu sein, dieselbe länger aufzubewahren. Jedoch ist nicht ausser Acht zu lassen, dass damit doch auch noch ein anderes Interesse concurriren kann, namentlich in dem Falle, wenn die mora accipiendi schon eine Zeit lang gedauert hat, das Interesse nämlich, für die vom Beginn des Verzugs an auf die Waare gemachten Verwendungen und den durch den Verzug entstandenen Schaden gedeckt zu sein, bez. zu werden.

Aus diesem letzteren Grunde folgt namentlich, dass die dem Verkäufer eingeräumte Veräusserungsbefugniss nicht lediglich als „eine conservatorische Massregel im Interesse des säumigen Käufers“ [9]) aufzufassen ist, sondern auch im eigenen Interesse des Verkäufers ausgeübt werden kann. Dasselbe gilt von der im letzten Satz des zweiten Absatzes statuirten Ausnahme von der Anzeigepflicht.

Ueber die Voraussetzungen des Eintritts der mora accipiendi, sowie über ihre Folgen im Allgemeinen enthält das Gesetz- §. 6.

[8]) Art. 354. Bemerkungen §. 11. Note 8.

[9]) S. Ladenburg in Goldschmidt's Zeitschrift B. III, S. 469.

Art. 343. buch keine Bestimmungen, ebenso wenig über die Verpflichtung des Verkäufers, welcher die Waare auch nach Eintritt der mora accipiendi bei sich behält, hinsichtlich der Waare oder des ihm durch diese mora entstandenen Schadens. Es entscheiden mithin hierüber die Grundsätze des einschlagenden bürgerlichen Rechts. Das Gesetzbuch bestimmt nur, in welcher Weise der Verkäufer befugt ist, sich der Waare zu entäussern. Zu dem Ende kann der Verkäufer einen doppelten Weg einschlagen, Deponirung und Veräusserung. Zwischen beiden hat der Verkäufer freie Wahl.

§. 7. **In einem öffentlichen Lagerhaus oder bei einem Dritten.** Die Befugniss zur Deponirung bei einem Privaten erscheint nicht als eine bloss subsidiäre, d. h. für den Fall eingeräumte, dass die Deponirung in einem öffentlichen Lagerhaus nicht möglich oder nicht thunlich ist, sondern beide Arten der Deponirung sind gänzlich zur freien Auswahl des Verkäufers gestellt.

Für den Fall, dass der Verkäufer den anderen Weg, den Verkauf der Waare, wählt, wahrt das Gesetz das Interesse des Käufers, indem es die Modalitäten, unter welchen der Verkauf auszuführen ist, genauer bestimmt. Es ist die Befolgung derjenigen Anordnungen vorgeschrieben, welche für den Fall, dass die Bestellung eines Faustpfands unter Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften erfolgt und schriftlich vereinbart ist, dass der Gläubiger ohne gerichtliches Verfahren sich aus dem Pfand befriedigen könne, in Art. 311 hinsichtlich des Pfandverkaufs getroffen sind. Vergleiche daher die Bemerkungen zu Art. 311. Zu bemerken (bez. zu Art. 311 nachzutragen) ist hier noch Folgendes.

Der Verkauf wird regelmässig gegen sofortige Baarzahlung zu erfolgen haben. Nur wo die üblichen Bedingungen des öffentlichen Verkaufs eine Creditirung des Kaufpreises enthalten, ebenso, wo bei den durch Vermittlung von Mäklern vorgenommenen nicht öffentlichen Verkäufen die Creditirung Handelssitte ist, erscheint auch im vorliegenden Fall eine solche gerechtfertigt.

Die Gefahr des Kaufs, insonderheit also die Gefahr des Eingangs des nicht creditirten oder der Ortssitte gemäss creditirten Kaufpreises trägt der Käufer, für dessen Rechnung der Kauf geschieht.

§. 8. Der Artikel enthält aber auch noch die in Art. 311 nicht enthaltene Bestimmung, dass der Verkauf nur **nach vorgängiger Androhung** erfolgen dürfe. Diese Bestimmung hat den Zweck, dem Käufer möglich zu machen, mora zu purgiren [10]). Zwischen der Androhung und dem

[10]) Es fehlt hier der Zusatz: „soweit es thunlich ist", welcher der in Absatz 3 vorgeschriebenen Benachrichtigung von der Vollziehung des Verkaufs und

Verkauf muss daher ein wenigstens so langer Zeitraum liegen, dass der Käufer im Stande ist, die Waare in Empfang zu nehmen [11]). Eine Ausnahme hiervon enthält der letzte Satz des zweiten Absatzes. **Art. 343.**

Ist die Waare dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge. „Und" ist nicht disjunctiv gebraucht, es wäre sonst das Wort „ist" zu wiederholen gewesen. Der Verkäufer hat also nur in dem Fall, wenn wegen des bevorstehenden Verderbens Gefahr im Verzug ist, die Befugniss ohne vorgängige Androhung zu verkaufen. Andere Fälle, z. B. drohendes Sinken des Preises, berechtigen ihn nicht dazu, d. h. er setzt sich, wenn er in anderen Fällen ohne vorgängige Androhung verkauft, einer Schadensklage aus, wenn schliesslich der Erfolg ein für den Käufer ungünstiger war, und er kann dieser Klage gegenüber nicht geltend machen, dass die Umstände eine negotiorum gestio in dieser Richtung gerechtfertigt hätten. §. 9.

Anders stellt sich jedoch die Sache, wenn der Käufer seit dem Verzug des Verkäufers Verwendungen auf die Sache gemacht hatte, z. B. für Lagerung und Conservirung (z. B. Bearbeiten des Getreides, Umfüllung und Auffüllung des Weins etc.), und ein Fall eintritt, welcher eine derartige Entwerthung der Waare befürchten lässt, dass aus derselben diese Kosten nicht mehr bezahlt werden können, oder welche einen neuen durch die Waare nicht mehr gedeckten Aufwand veranlassen würden. Z. B. der Speicher, in welchem die Waare deponirt war, brennt ab; um die (noch dazu hierbei vielleicht beschädigte) Waare auf einem anderen Speicher unterzubringen, müsste ein kostspieliger Transport vorgenommen, die Lagermiethe pränumerirt werden. Hier kann für den Verkäufer die nämliche Gefahr vorliegen, wie wenn die Waare dem Verderben ausgesetzt ist. Ist nun hierbei ebenfalls Gefahr im Verzuge, so rechtfertigt sich ebenfalls der Verkauf ohne vorgängige Androhung [12]).

Der Verkauf geschieht für Rechnung des Käufers [13]). Diesem kommt mithin der gelöste Preis zu, er hat gegen den Verkäufer eine Klage auf Herausgabe des von diesem schon eingenommenen Preises bez. auf Cession der noch nicht realisirten Kaufpreisforderung. Mit dieser Forderung steht die Forderung des zwischen Verkäufer und Käufer ver- §. 10.

in Art. 310 Absatz 3 auch der Benachrichtigung von der Bewilligung des Verkaufs durch das Handelsgericht beigefügt ist. Dafür ist die Ausnahme im letzten Satz des Abs. 2 gemacht.

[11]) Ueber die Momente, welche auf die Bestimmung der Dauer der Frist von Einfluss sein können, vergl. Bemerkungen zu Art. 356. §. 5.

[12]) Vergl. Pauli im Neuen Archiv für Handelsrecht B. III, S. 174.

[13]) Dem dritten Käufer steht der Verkäufer als Contrahent gegenüber, da dieser ja in eigenem Namen verkauft.

Art. 343. abredeten Kaufpreises in unserem Fall, wo der Verkäufer lediglich wegen mora accipiendi verkauft hat [14]), in keiner speciellen Beziehung, der Verkäufer kann sich also wegen der zweiten nicht sofort aus der ersten bezahlt machen, sondern er kann nur der Forderung des Käufers eine Compensationseinrede entgegensetzen [15]), vorausgesetzt, dass die Bedingungen der Compensation vorliegen. Ob Letzteres der Fall, entscheidet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Wichtig wird diese rechtliche Auffassung namentlich für den Fall, dass der verabredete Kaufpreis creditirt war und der Zahlungstermin noch nicht eingetreten ist.

§. 11. Absatz 3. S. Art. 311 a. E. und Bemerkungen zu Art. 310 §. 12 ff.

Art. 344.

Art. 344. Soll die Waare dem Käufer von einem anderen Orte übersendet werden und hat der Käufer über die Art der Uebersendung nichts bestimmt, so gilt der Verkäufer für beauftragt, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns die Bestimmung statt des Käufers zu treffen, insbesondere auch die Person zu bestimmen, durch welche der Transport der Waare besorgt oder ausgeführt werden soll.

Preuss. Entwurf Art 261. — Entwurf I. Lesung Art. 286. — Entwurf II. Lesung Art. 321.

Protok. S. 632 bis 638. — 1375 bis 1380. — 5078.

Hat der Käufer nichts bestimmt. Hierin ist auch enthalten: soweit der Käufer nichts bestimmt hat.

Art der Versendung. Dass darunter nicht nur das Transportmittel zu verstehen ist, ergiebt sich aus dem Wort „insbesondere". Jedenfalls ist auch die Eigenthümlichkeit des Transports selbst gemeint, z. B. ob als Eilgut oder gewöhnliches Frachtgut, ob mit Generalfrachtbrief, im Verbandverkehr, in bedeckten und unbedeckten Wagen, mit oder ohne Versicherung bez. Declaration. Ferner muss auch die Art der Verpackung und unter Umständen auch die Zeit des Transports darunter begriffen werden, z. B. ob bei nassem oder trocknem Wetter, bei welcher

14) Anders im Fall des Art. 354, wenn wegen mora solvendi verkauft wird.

15) Mit dieser Einrede kann er auch den in Folge der mora accipiendi vor dem Verkauf der Waare ihm entstandenen Schaden geltend machen. S. o. §. 5.

Temperatur [1]). Auch die Sorge für die Behandlung der Waare auf der Reise gehört hierher. Der Absender kann unter Umständen verpflichtet sein, dem Frachtführer oder Schiffer besondere Vorschriften über Bearbeiten, Ventiliren u. s. w. zu geben. Bei Kriegszeiten hat er bei der Wahl der Flagge die nöthige Vorsicht anzuwenden. Art. 344.

Mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns. S. d. Art. 282.

Die Bestimmung statt des Käufers zu treffen. Ob der Verkäufer die betreffenden Verträge im Namen des Käufers oder nur für dessen Rechnung, aber in eigenem Namen abschliesst, hängt von seinem Ermessen ab.

Besorgt oder ausgeführt. In der Besorgung des Transports besteht die gewerbliche Thätigkeit des Spediteurs (Art. 379, 388), in der Ausführung des Transports die des Frachtführers (Art. 390. 420. 421) und des Verfrachters eines Seeschiffs (Buch V, Titel 5). Der Verkäufer kann sich zur Besorgung und Ausführung des Transports auch möglicher Weise solcher Personen bedienen, auf welche die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs über Spedition und Frachtvertrag keine Anwendung finden.

Art. 345.

Nach Uebergabe der Waare an den Spediteur oder Frachtführer oder die sonst zum Transport der Waare bestimmte Person trägt der Käufer die Gefahr, von welcher die Waare betroffen wird. Hat jedoch der Käufer eine besondere Anweisung über die Art der Uebersendung ertheilt und ist der Verkäufer ohne dringende Veranlassung davon abgewichen, so ist dieser für den daraus entstandenen Schaden verantwortlich. Art. 345.

Der Verkäufer hat die Gefahr, von welcher die Waare auf dem Transport betroffen wird, in dem Falle zu tragen, wenn er gemäss dem Vertrage die Waare an dem Orte, wohin der Transport geschieht, zu liefern hat, so dass dieser Ort für ihn als der Ort der Erfüllung gilt. Daraus, dass der Verkäufer die Zahlung von Kosten oder Auslagen der Versendung übernommen hat, folgt für sich allein noch nicht, dass der Ort, wohin der Transport geschieht, für den Verkäufer als der Ort der Erfüllung gilt.

[1]) Sollte man aber auch Bedenken tragen, die Zeit des Transportes unter der Art der Versendung zu verstehen (vergl. v. Kräwell in Siebenhaar's Archiv für Handels- und Wechselrecht B. VIII, S. 429), so ist die Bestimmung hinsichtlich der letzteren jedenfalls analog auf die Zeit anzuwenden.

Art. 345. Durch die Bestimmungen dieses Artikels ist nicht ausgeschlossen, dass die Gefahr schon seit einem früheren Zeitpunkte von dem Käufer getragen wird, sofern dies nach dem bürgerlichen Recht der Fall sein würde.

Preuss. Entwurf Art. 262. — Entwurf I. Lesung Art. 287. 288. — Entwurf II. Lesung Art. 322.

Protok. S. 629 bis 641. — 1380 bis 1383. 1386 bis 1389.

§. 1. Der Hauptzweck des Artikels ist, einen Zeitpunkt festzusetzen, von welchem an spätestens die Gefahr der Waare auf den Käufer übergeht. Als dieser Zeitpunkt wird derjenige bestimmt, an welchem der Käufer Alles gethan hat, was von seiner Seite zur Erfüllung des Vertrags erforderlich ist. Dieses Princip ist nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergiebt sich aber aus den beiden ersten Sätzen der beiden ersten Absätze. Ist nämlich der Erfüllungsort nicht derjenige Ort, an welchem der Käufer die Waare empfangen soll, und soll der Verkäufer sie nach diesem Orte schicken, so hat er durch Uebergabe derselben an den Spediteur oder Frachtführer Alles gethan, was seinerseits zur Erfüllung des Vertrags erforderlich war. Ist jedoch als Erfüllungsort derjenige Ort bestimmt, an welchen die Waare zu transportiren ist, so hat der Verkäufer erst dann alle Obliegenheiten erfüllt, wenn er an diesem Erfüllungsort die Traditionshandlungen vorgenommen hat. Die Uebergabe an den Spediteur oder Transportanten ist in diesem Fall keine Traditionshandlung.

§. 2. Jedenfalls (spätestens) soll von dem angegebenen Zeitpunkt an die Gefahr übergehen, d. h. den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, nach welchen schon von einem früheren Zeitpunkt an die Gefahr übergeht, wird nicht derogirt [1]). Ob die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts dem gemeinen oder particularen Recht angehören, sowie auf welche Quelle sie zurückzuführen sind, ob auf Gesetz oder Gewohnheit oder das sogenannte Juristenrecht, ist indifferent. (Siehe oben Bemerkungen zu Art. 1, §. 5.)

Selbstverständlich findet die Bestimmung nur dann Anwendung, wenn im Uebrigen der Vertrag perfect ist, insbesondere wenn der Preis seiner Höhe nach bestimmt, wenn die Bedingung eingetreten ist, unter welcher der Kauf abgeschlossen war u. s. w., ferner wenn die Waare nicht später mit Recht als nicht empfangbar zurückgewiesen wird.

[1]) Siehe u. §. 11.

Neben dem Hauptsatz über den Uebergang der Gefahr enthält der **Art.**
Artikel noch zwei Bestimmungen. **345.**

Die erste (Satz 2 des ersten Absatzes) legt dem Verkäufer, der von §. 3.
der ihm ertheilten Anweisung hinsichtlich der Versendungsart abweicht, die Tragung der Folgen seiner culpa bei. Sie steht nur in einem äusserlichen Zusammenhang mit der Hauptbestimmung [2]) und würde ihren Platz richtiger in Art. 344 gefunden haben.

Die zweite Bestimmung (Satz 2 des zweiten Absatzes) enthält eine Interpretationsregel, welche ebenfalls nur äusserlich mit dem Hauptsatz des zweiten Absatzes zusammenhängt und eigentlich zu Artikel 342, Absatz 2 gehört.

Absatz 1, Satz 1. Die Bestimmung wird gemeinrechtlich von Be- §. 4.
deutung beim Genuskauf; res certa dem Käufer gegenüber ist vorhanden, wenn die ausgeschiedene Waare dem Transportanten übergeben ist. Eine Anzeige dieser Thatsache, sowie der erfolgten Ausscheidung überhaupt, ist nicht erforderlich. Ob der Verkäufer im einzelnen Fall berechtigt ist, die übergebene Waare vom Frachtführer u. s. w. zurückzuverlangen und den Transport zu sistiren, oder ob ihm jede Einwirkung auf die Waare oder den Transport entzogen ist, hat auf den Uebergang der Gefahr keinen Einfluss. Auch wenn der Verkäufer den Frachtführer selbst auswählt und mit demselben in eigenem Namen contrahirt, bildet doch die Uebergabe an denselben den kritischen Zeitpunkt. Erforderlich ist jedoch, dass alle Transportbedingungen in der Art verabredet sind, dass es keiner weiteren Thätigkeit des Käufers bedarf, damit der Transport ausgeführt werde. Uebergiebt z. B. der Verkäufer dem Spediteur die Waare mit dem Vorbehalt, ihm später den Namen des Destinatars zu nennen, oder die Zeit des Transports zu bestimmen, so geht die Gefahr erst von der Zeit, wo diese Erklärung erfolgt, über. Anders, wenn die Waare beim Spediteur niedergelegt wird, damit dieser sie zur Disposition des Käufers halte.

Sonst zum Transport der Waare bestimmte Personen. Hier- §. 5.
unter fällt namentlich auch der Verfrachter eines Seeschiffes. Wer den Spediteur, Frachtführer oder sonstigen Transportanten bestimmt hat, ob der Verkäufer oder Käufer, ist für die vorliegende Frage gleichgültig.

Satz 2. Der preussische Entwurf legt in Artikel 262 Absatz 2 dem §. 6.
Verkäufer, der von der besonderen über die Art der Uebersendung er-

[2]) Die Verbindug beider Sätze mit „jedoch" ist incorrect, da Einstehen für culpa keinen Gegensatz zum Nichttragen der Gefahr bildet.

Art. 345. theilten Anweisung abweicht, die Gefahr der Uebersendung auf. Diese Bestimmung wurde in erster Lesung nach zwei Richtungen hin modificirt, indem man einmal den Käufer nur dann für verantwortlich erklärte, wenn er ohne dringende Veranlassung von der Anweisung abweicht, ihn aber auch in diesem Fall nur für den aus der Abweichung entstandenen Schaden haften liess. In Folge dieser Veränderung gehört der Satz mehr zu Artikel 344, als zum vorliegenden.

§. 7. **Für den daraus entstandenen Schaden.** Es kann im einzelnen Fall zweifelhaft sein, welcher Schade als aus der Abweichung von der Anweisung entstanden anzusehen ist. Feste Regeln lassen sich hierüber nicht aufstellen. Nur Folgendes dürfte zu bemerken sein.

Ist der Verkäufer angewiesen worden, sich eines concreten Transportmittels, z. B. eines bestimmten Schiffs, eines bestimmten Fuhrmanns, einer bestimmten Eisenbahn oder eines bestimmten Spediteurs zu bedienen, oder die Waare an einem bestimmten Tag zu expediren, so ist, wenn der Käufer ohne dringende Veranlassung ein anderes Transportmittel, einen anderen Spediteur wählt, jeder Schade vom Käufer zu tragen, wenn er nicht nachweist, dass der Schade ganz oder theilweise auch bei Befolgung der Anweisung entstanden sein würde. Z. B. die Waare sollte nach Anweisung des Käufers mit dem Schiff *A* abgesandt werden. Der Verkäufer sendet sie mit dem Schiff *B* ab. Das Schiff *B* geht unter, aber auch das Schiff *A*, oder es ereignet sich auf ihm ein Fall der grossen Haverei [3]. — Oder: die mit einem anderen als dem vom Verkäufer bestimmten Transportanten oder an einem anderen (späteren oder früheren) Tage abgesendete Waare wird confiscirt oder deren Weitertransport durch Naturereignisse unmöglich gemacht oder verzögert; der Verkäufer aber weist nach, dass das Nämliche eingetreten sein würde, auch wenn die Waare dem bestimmten Transportanten übergeben oder an dem bestimmten Tage expedirt worden wäre.

Häufig werden aber die Anweisungen nicht so concret gegeben, sondern es wird nur die Transportart im Allgemeinen bestimmt [4]. Es wird z. B. bestimmt, dass die Waare mit einem Fuhrmann, dass sie mit der Eisenbahn, dass sie mit Eilfracht, dass sie in bedeckten Wagen, dass sie in Fässern verpackt versendet werden solle. Weicht nun der Verkäufer von einer solchen Anweisung ab, so ist unzweifelhaft anzunehmen, dass

[3]) Anders natürlich, wenn der Käufer für die Waare als auf das Schiff *A* verladen Versicherung genommen hatte.

[4]) Solche allgemeine Anweisungen können auch neben den concreten vorkommen; z. B. es soll mit der Eisenbahn *A* versendet werden und zwar mit Eilfracht oder in Fässern verpackt.

jeder entstandene Schade, welcher möglicher Weise durch die von dem Käufer vorgeschriebene Versendungsart hätte vermieden werden können, aus der Abweichung entstanden sei [5]). Z. B. der Verkäufer war angewiesen worden, die Waare mit Eilfracht zu versenden, er hat sie mit gewöhnlicher Fracht versandt, sie kommt zerbrochen an. Er war angewiesen, sie in Fässern zu verpacken, hat sie in Säcken verpackt, sie hat Feuchtigkeit angezogen, oder es zeigt sich Gewichtsmanco. Wenn und soweit jedoch der Schade auch bei Befolgung der Anweisung eingetreten sein würde, haftet der Verkäufer nicht. Beispiel: Die Waare sollte in Fässern verpackt werden, der Verkäufer hat sie in Säcken verpackt, das ganze Waarenlager des Spediteurs, welchem die Waare übergeben war, verbrennt oder die Waare wird confiscirt, oder das Schiff wird durch Eisgang an Fortsetzung der Reise verhindert. Soweit Beweis erforderlich, ist dieser regelmässig vom Verkäufer zu erbringen. Art. 345.

In diesen Fällen handelt es sich überall um Schaden, der mit der betreffenden Versendungsart in unmittelbarem Zusammenhang steht oder als in diesem Zusammenhang stehend angenommen wird. Sehr zweifelhaft kann es aber werden, ob und in wieweit auch der mit der Abweichung nur mittelbar in Zusammenhang stehende Schade vom Verkäufer zu prästiren ist. Z. B. der Verkäufer hat Anweisung ertheilt, die Waare mit gewöhnlicher Eisenbahnfracht zu versenden; der Käufer hat Eilfracht gewählt. Der Zug, mit welchem die Waare expedirt ist, verunglückt und die Waare leidet in Folge davon Schaden, während alle um diese Zeit expedirten Güterzüge ungefährdet ankommen. Oder die mit Eilfracht versendete Waare kommt in dem Güterschuppen des Bestimmungsorts an dem Tage an, an welchem dieser abbrennt, während wenn sie mit gewöhnlicher Fracht gegangen wäre, sie erst später angekommen und nicht vom Feuer zerstört worden wäre [6]). Umgekehrt: der Verkäufer war angewiesen, die Waare als Eilgut zu versenden und hat sie mit gewöhnlicher Fracht versendet.

Ebenso kann eine Abweichung in der Verpackung, in dem Modus der Expedition, ob declarirt oder nicht u. s. w., es herbeiführen, dass die Waare mit einem anderen Zug expedirt wird, als es geschehen sein würde, wenn die Anweisung befolgt worden wäre.

In diesen Fällen wird es meist evident sein, dass der Schade keine Folge der gewählten Versendungsart ist. Er ist vielmehr aus einem zufälligen Ereigniss entstanden, das ebensowohl mit derselben Wirkung

[5]) Vergl. Art. 855, Abs. 2.

[6]) Dass der Verkäufer den höheren Betrag der Eilfracht tragen muss, berührt die Frage nach der Tragung der Gefahr nicht.

Art. 345. hätte eintreten können, wenn die Anweisung befolgt worden wäre. Es ist deswegen auch nicht denkbar, dass die Anweisung zum Zweck der Vermeidung dieses Schadens ertheilt war. Nach dieser Richtung war die Gefahr des Käufers nicht vergrössert, dem Käufer kann daher der zufällig eingetretene Erfolg nicht zur culpa angerechnet werden.

Oder will man einen Unterschied machen, je nachdem der Verkäufer sorgfältiger verfahren ist, oder eine weniger sichere Versendungsart gewählt hat, und diesen im letzteren Fall haften lassen, im ersteren von der Haftung entbinden? Allerdings würde im ersteren Fall die Unbilligkeit noch prägnanter hervortreten: Z. B. der Käufer erklärt, Eilfracht oder Versendung in geschlossenen Wagen käme ihm zu theuer; er wolle es deswegen mit gewöhnlicher Fracht oder Versendung in offenen Wagen riskiren; der Verkäufer aber wählt trotzdem die sicherere Gelegenheit, indem er hofft, den Käufer doch später von der Zweckmässigkeit dieser Wahl zu überzeugen, eventuell den Mehrbetrag der Fracht selbst tragen will. In diesem Fall hat der Käufer selbst die andere Versendungsart als die sicherere bezeichnet; es kann dem Verkäufer also gewiss nicht zur culpa angerechnet werden, wenn er dieselbe wählt. Allein die Stellung des Verkäufers ist in diesem Fall doch nur scheinbar eine andere als im entgegengesetzten; denn in Beziehung auf einen schädlichen Einfluss, welcher dem Personenzug in derselben Weise droht, wie dem Güterzug, dem bedeckten Wagen wie dem offenen, ist die Sicherheit der verschiedenen Versendungsarten die gleiche; nach dieser Richtung ist also die Gefahr durch die Abweichung von der Anweisung nicht vergrössert; sie bleibt also in ihrem ganzen Umfang bei demjenigen, welcher sie an sich zu tragen hat — beim Käufer.

§. 8. **Dringende Veranlassung** ist nicht etwa gleich Nothfall. Bei der überhaupt aus den Umständen des einzelnen Falls zu entnehmenden Beurtheilung der Frage, ob eine dringende Veranlassung, von der Anweisung des Käufers abzuweichen, vorlag, sind insbesondere folgende Momente zu berücksichtigen.

Je bestimmter und detaillirter die Anweisung gegeben ist, desto dringender muss die Veranlassung sein, welche die Abweichung rechtfertigen soll.

Um das Vorhandensein einer dringenden Veranlassung zur Abweichung annehmen zu können, muss der Verkäufer überzeugt sein, dass ein Irrthum auf Seiten des Käufers vorliege, oder dass die Umstände seit der Ertheilung der Anweisung sich verändert haben, so dass der Käufer, wenn er diesen Irrthum erkannt oder diese Veränderung der Umstände erfahren hätte, die Anweisung nicht oder anders ertheilt haben würde.

Der Irrthum kann sich auf die Zeit des Abgangs gewisser Transportgelegenheiten, auf die Höhe der Fracht, auf andere Verkehrsbedingungen beziehen [7]). Art. 345.

Der Irrthum kann aber auch die Angemessenheit gewisser Versendungsarten für gewisse Waaren betreffen. In diesem Fall kann schon aus der Anweisung selbst der Irrthum namentlich dann ersichtlich sein, wenn der Käufer nicht Sachverständiger ist. Z. B. der nichtsachverständige Käufer giebt die Anweisung über eine Versendungsart, welche nach dem sachverständigen Urtheil des Verkäufers die Waare grossen Gefahren aussetzen würde.

Erscheint es thunlich, dass der Verkäufer vor der Absendung sich mit dem Käufer in Vernehmen setzt, so ist er dazu verpflichtet.

Absatz 2, Satz 1. Auf dem Transport. Die Transportgefahren bilden in dem Verhältniss zwischen Verkäufer und Käufer nicht eine besondere Gattung der Gefahr, über deren Tragung besondere Grundsätze zur Anwendung kommen. Der Satz heisst genauer: Der Käufer hat die Gefahr der Waare zu tragen, bis er am Erfüllungsort die von seiner Seite zur Erfüllung nothwendigen Handlungen vorgenommen hat (siehe oben §. 1). Es ist deswegen nicht erforderlich zu untersuchen, welche Gefahren als Transportgefahren anzusehen sind, ob z. B. auch die Lagerung am Erfüllungsort. §. 9.

Satz 2. Der Transport der Waare an den Erfüllungsort ist Sache des Verkäufers und geschieht für seine Rechnung, wie Alles, was er thut, um die Erfüllung zu ermöglichen. Der Transport vom Erfüllungsort ist Sache des Käufers und geschieht für seine Rechnung, und wenn der Verkäufer die Versendung besorgt, so thut er dies an Stelle des Käufers. Darum trägt die Versendungskosten der Verkäufer, wenn am Destinationsort zu erfüllen ist [8]), der Käufer, wenn am Absendungsort. Ist es nun zweifelhaft, §. 10.

[7]) Beispiele: Das vom Käufer bezeichnete Dampfschiff wird später abgehen, als der Verkäufer anzunehmen in der Lage war. Der Verkäufer weiss aber, dass der schleunige Empfang der Waare dem Käufer erwünscht ist, und wählt ein anderes gleich sicheres früher abgehendes Dampfboot. — Der Verkäufer hat Versendung mit einem Segelschiff angeordnet; es ist aber wahrscheinlich, dass wegen frühen Eintritts des Frostes nur noch die Dampfboote das offene Meer erreichen. — Es ist zu befürchten, dass das Schiff, mit welchem versandt werden soll, mit Embargo belegt werden würde. Der Verkäufer ladet die Waare auf einem einer andern Nationalität gehörenden Schiffe ab. — Zufolge eines neuen Reglements kommt die Versendung auf einer anderen Eisenbahn billiger zu stehen, als auf der vom Verkäufer aufgegebenen.

[8]) Wirthschaftlich betrachtet trägt freilich auch in diesem Fall der Käufer die Versendungskosten, da bei normalem Geschäftsgang der Kaufpreis um den Betrag derselben erhöht ist. Für die rechtliche Betrachtung ist dies aber ebenso indifferent, als die Thatsache, dass der Kaufpreis noch aus anderen einzelnen Bestandtheilen: Herstellungskosten, Zinsen, Lagerungskosten, Zöllen, früheren Transport-

Art. 345. welcher von beiden Orten in einem einzelnen Fall der Erfüllungsort sein soll, ist aber vertragsmässig bestimmt, dass der Käufer die Versendungskosten zu tragen oder dass der Verkäufer franco zu liefern hat, so **kann** dieser Umstand ein Argument für die Entscheidung jener Frage liefern. Keineswegs ist derselbe aber allein massgebend für diese Entscheidung. Die Verabredung, dass der Verkäufer die Uebersendungskosten zu tragen habe (richtiger: dass die Vergütung dafür in dem Kaufpreis einbegriffen sein solle), kann auch aus dem Grunde getroffen sein, weil der Käufer sich sichern will, dass Kaufpreis und Transportkosten nicht einen bestimmten Betrag übersteigen, oder weil er annimmt, dass der Verkäufer im Stande sei (z. B. durch Zusammenpacken mit anderen Waaren, durch Benutzung vortheilhafter Gelegenheiten), den Transport wohlfeiler einzurichten und ihm die in der Aversionalsumme enthaltenen Transportkosten auch niedriger ansetzen werde, als sie ihm (dem Käufer) bei Versendung für seine Rechnung würden zu stehen kommen u. s. w. Namentlich Nichtkaufleuten gegenüber kommt deswegen eine Uebernahme der Transportkosten durch den Verkäufer in diesem Sinn nicht selten vor, ohne dass irgend eine weitere Modification des Rechtsverhältnisses beabsichtigt wäre [9]).

Auch dann, wenn der Verkäufer in allgemeinen Anerbietungen (Art. 337) sich bereit erklärt hatte, die Transportkosten der um einen bestimmten Preis ausgebotenen Waare ohne irgend welchen Preisaufschlag zu tragen oder gegen einen bestimmten Preisaufschlag bei Versendung nach verschieden weit entfernten Orten die Transportkosten zu übernehmen, ist die Absicht, am Destinationsort zu liefern, nicht unbedingt anzunehmen. Auch dann nicht, wenn der Verkäufer gewisse oder alle „Transportgefahren", d. h. solche, die durch den Transport hervorgerufen würden (nicht die von der Absendung an die Waare überhaupt treffenden) übernimmt. In diesem Falle tritt er nur nebenbei noch als Versicherer auf [10]).

kosten u. s. w. besteht, überhaupt als Summe einer Anzahl verschiedener Posten erscheint.

[9]) Umgekehrt kann es vorkommen, dass in einem Kaufvertrag, bei welchem der Destinationsort unzweifelhaft der Erfüllungsort sein soll, der Käufer die Tragung der Transportkosten übernimmt, z. B. deswegen, weil der Verkäufer sicher sein will hinsichtlich des Betrags des ihm aus dem Kaufpreis zukommenden Reingewinnes. Die vom Käufer ausgelegten „Transportkosten" bilden dann einen Theil des Kaufpreises.

[10]) Wenn es in einem solchen Fall zweifelhaft ist, für welche Gefahren der Verkäufer die Versicherung übernommen hat, so kann der Umstand, dass er selbst für gewisse Gefahren Versicherung genommen hatte, wichtig werden.

Der Artikel spricht diese aus allgemeinen Grundsätzen sich ergebenden Sätze gesetzlich aus, um die Annahme einer mitunter behaupteten Usance, dass bei Francolieferung der Verkäufer die Gefahr trage, auszuschliessen. Protok. S. 640. 1382. 1387. **Art. 345.**

Absatz 3 s. o. §. 2. §. 11.

Nach dem bürgerlichen Rechte. Es sollen nicht nur die zur Zeit der Einführung des Handelsgesetzbuchs geltenden einschlagenden Rechtssätze auch für Handelsgeschäfte gültig sein, sondern das Gesetz erklärt überhaupt in der Frage nach der Tragung der Gefahr vor dem in Absatz 1 angegebenen Zeitpunkte das allgemeine bürgerliche Recht für entscheidend, folglich kommt auch ein nach Einführung des Handelsgesetzbuchs entstandener Rechtssatz zur Anwendung. Es steht dies mit dem oben (Art. 1, Bemerkungen §. 6, Nro. 3) aufgestellten Grundsatz, dass ein späterer Satz des allgemeinen bürgerlichen Rechts dem Handelsgesetzbuch an sich nicht derogire, nicht in Widerspruch, denn es liegt ein Satz des Handelsgesetzbuchs, welchem derogirt werden könnte, nicht vor.

Art. 346.

Der Käufer ist verpflichtet, die Waare zu empfangen, sofern sie vertragsmässig beschaffen ist oder in Ermangelung besonderer Verabredung den gesetzlichen Erfordernissen entspricht (Art. 335). **Art. 346.**

Die Empfangnahme muss sofort geschehen, wenn nicht ein Anderes bedungen oder ortsgebräuchlich oder durch die Umstände geboten ist.

Preuss. Entwurf Art. 263. — Entwurf I. Lesung Art. 289. — Entwurf II. Lesung Art. 323.

Protok. S. 641 bis 643. — 1383.

Der Traditionsact besteht aus Handlungen des Verkäufers und des Käufers. Jene stellen sich regelmässig als Traditionsofferte, diese als Traditionsacceptation dar. Die Möglichkeit der Acceptation ist durch das Vorhandensein der Offerte bedingt; aber die Offerte braucht auch nur gemacht zu werden, wenn der Käufer zur Acceptation bereit ist. Die Sachlage kann so sein, dass der Verkäufer die ersten Offertehand-

Art. 346. lungen aus eigenem Antrieb vornehmen muss, aber auch so, dass der Käufer den ersten Anstoss dazu zu geben hat. Unter Empfangnahme wird nun sowohl die Acceptation der von dem Verkäufer offerirten Tradition durch den Käufer verstanden, als auch die Aufforderung zur Vornahme der Traditionsofferte, also diejenigen Handlungen, welche von Seiten des Käufers erforderlich sind, damit die Tradition erfolge. Hat also z. B. der Käufer die Waare abzuholen, so gehört zur Empfangnahme, dass der Käufer die nöthigen Veranstaltungen getroffen habe, dass der Verkäufer die Traditionshandlungen vornehmen könne, also namentlich dass er sich persönlich oder durch einen Bevollmächtigten an dem Traditionsort eingefunden habe.

§. 2. **Absatz 1.** Die Bestimmung dieses Absatzes setzt voraus, dass der Verkäufer die Waare am gehörigen Ort (nicht nothwendig dem Erfüllungsort), zur gehörigen Zeit (nicht nothwendig der Erfüllungszeit) und unter den vertragsmässigen Modalitäten zur Tradition bereit hält, bez. dass er die zur Vornahme der Tradition seinerseits erforderlichen Handlungen vornehme. Ist die Tradition in dieser Weise gehörig offerirt, und entspricht die offerirte Waare den vertragsmässigen, bez. gesetzlichen Erfordernissen, so kommt der Käufer, welcher die zur Perfection der Tradition seinerseits erforderlichen Handlungen nicht vornimmt, in mora accipiendi.

Ueber die Folgen dieser mora vergl. Bemerkungen zu Art. 343 und 354.

§. 3. **Absatz 2. Sofort,** d. h. nachdem die Tradition vom Verkäufer offerirt worden ist, bez. der für die Empfangnahme bestimmte Zeitpunkt eingetreten war. Dieses Wort entspricht dem: „ohne Verzug nach der Ablieferung, soweit dies nach dem ordnungsmässigen Geschäftsgang thunlich ist," des Art. 347.

Durch die Umstände geboten, z. B. der Käufer ist berechtigt, vor der Empfangnahme die Waare zu prüfen. Diese Prüfung kann längere Zeit in Anspruch nehmen. In den Protokollen (S. 642) findet sich das Beispiel angeführt, dass zur Zeit der Oblation einer Waare, welche im Trocknen ausgeladen werden muss, Regenwetter eingetreten sei.

Art. 347.

Art. 347. Ist die Waare von einem anderen Orte übersendet, so hat der Käufer ohne Verzug nach der Ablieferung, soweit dies nach dem ordnungsmässigen Geschäftsgange thunlich ist, die Waare zu untersuchen, und wenn sich dieselbe nicht als vertragsmässig oder

gesetzmässig (Art. 335) ergiebt, dem Verkäufer sofort davon Anzeige zu machen. **Art. 347.**

Versäumt er dies, so gilt die Waare als genehmigt, soweit es sich nicht um Mängel handelt, welche bei der sofortigen Untersuchung nach ordnungsmässigem Geschäftsgange nicht erkennbar waren.

Ergeben sich später solche Mängel, so muss die Anzeige ohne Verzug nach der Entdeckung gemacht werden, widrigenfalls die Waare auch rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt.

Die vorstehende Bestimmung findet auch auf den Verkauf auf Besicht oder Probe oder nach Probe Anwendung, insoweit es sich um Mängel der übersendeten Waare handelt, welche bei ordnungsmässigem Besicht oder ordnungsmässiger Prüfung nicht erkennbar waren.

Preuss. Entwurf Art. 264. 257. — Entwurf I. Lesung Art. 290. — Entwurf II. Lesung Art. 324.

Protok. S. 618 bis 620. 642 f. 643 bis 653. 656 f. — 1383 f. — 4581. 5079.

Der Artikel enthält eine Formulirung der von Verkäufer und Käufer zu beobachtenden bona fides in specieller Anwendung auf die Billigung der Erfüllung des Kaufs. Die Formulirung entspricht den im Handelsverkehr herkömmlichen Ansichten und dem demgemässen Verfahren. Ob und inwieweit sich hieraus schon vor dem Handelsgesetzbuch ein Rechtssatz gebildet gehabt habe, kann hier dahingestellt bleiben. §. 1.

Ueber die Ratio des Artikels sprechen die Motive zum preussischen Entwurf (Seite 141) sich folgendermassen aus: „Der Verkäufer darf billigerweise in nicht allzu langer Zeit darüber Gewissheit erwarten, ob der Käufer die gelieferte Waare behalten will oder nicht, theils um in der Lage zu sein, noch zeitig anderweit über sie verfügen zu können, theils weil durch Ablauf einer längeren Zeit ihm der Beweis, dass die Waare in vertragsmässigem Zustande geliefert sei, erschwert und bei veränderlichen Waaren vielleicht unmöglich gemacht werden würde. Auf der anderen Seite würde der Käufer, wenn ihm freistände, alle Fehler der Waare innerhalb der Verjährungszeit geltend zu machen, die Möglichkeit haben, von dem Steigen der Preise Vortheil zu ziehen, beim Fallen derselben aber sich auf die Fehler der Waare zu berufen, um

Art. 347. vom Vertrage zurückzutreten. Ein ordentlicher Kaufmann wird es auch niemals unterlassen, die ihm gelieferte Waare sofort zu untersuchen, um sich von der vertragsmässigen Beschaffenheit derselben zu überzeugen, und er wird von den vorgefundenen Mängeln ebenso ungesäumt dem Verkäufer Nachricht geben. Es kann daher nicht bedenklich sein, die fragliche Verpflichtung des Käufers gesetzlich anzuerkennen."

Formulirt ist der Artikel nur für den Fall, wenn die Waare von einem anderen Ort übersendet ist; ob sich aber seine Anwendung lediglich auf diesen Fall beschränkt, ist unten zu untersuchen. (S. §. 21 ff.)

§. 2. **Absatz 1. Die Waare.** Ob der Kauf über eine Species oder ein Genus abgeschlossen war, ist gleichgültig. Das Gesetz unterscheidet nicht, und die Ratio ist die gleiche bei beiden Kaufofferten. Das nämliche Interesse, welches der Verkäufer eines Genus hat, bald zu erfahren, ob die zur Erfüllung gelieferte Sache vom Käufer anerkannt werde, hat auch der Verkäufer einer Species daran, bald darüber in Sicherheit zu sein, ob das Kaufobject als fehlerfrei anerkannt werde. — Man kann den Artikel auch nicht etwa deswegen auf den Kauf einer Species allein beziehen, weil das Wort Waare gebraucht ist. Mit diesem Wort wird überall im Gesetzbuch nicht bloss diejenige bestimmte Sache, welche mit Zustimmung beider Theile Object des Kaufs ist, bezeichnet, sondern auch diejenige, welche der Käufer einseitig, als Erfüllungsobject des in genere abgeschlossenen Verkaufs dem Käufer bezeichnet.

§. 3. Der Artikel, sowie die folgenden, umfasst an sich auch den Verkauf von Vieh, sobald derselbe Handelsgeschäft ist. Es ist jedoch für das einzelne Land zu untersuchen, wie diese Bestimmungen sich zu den besonderen landesgesetzlichen Vorschriften über Viehhandel verhalten, namentlich ob durch letztere jede Anwendung der Artikel ausgeschlossen ist, oder ob dieselben nur modificirt werden. Soweit die vor Einführung des Handelsgesetzbuchs bestehenden Bestimmungen als lex specialis erscheinen, sind sie durch das Handelsgesetzbuch nicht aufgehoben [1]). Die Untersuchung dieser Frage ist namentlich wichtig, wenn die analoge Anwendung der Artikel auf die Erfüllung von Platzgeschäften anerkannt wird. Siehe unten §. 21 ff.

§. 4. **Von einem anderen Ort.** Die Fassung des preussischen Entwurfs „von auswärts übersendet" wurde verändert, damit man unter

[1]) Dies ist der Grund, warum in zweiter Lesung die Nürnberger Commission anerkannte, dass die Währschaftsgesetze der einzelnen Länder in Bezug auf Untersuchungs- und Anzeigepflicht beim Viehhandel von den Bestimmungen des Art. 290 (des Entwurfs erster Lesung, Art. 347 des Gesetzbuchs) nicht berührt würden. Eine formelle Bedeutung hat diese „Anerkennung" natürlich nicht.

auswärts nicht etwa die Länder, in welchen das Handelsgesetzbuch nicht gilt (das Handelsgesetzbuchs-Ausland) verstehe. Die bei dieser Gelegenheit gemachte Bemerkung, „dass unter auswärts jeder andere Ort gemeint sei, als derjenige, an welchem sich die Handelsniederlassung des Kaufmanns befinde," ist jedoch nicht genau und darf nicht zur Interpretation des „anderen Orts" benutzt werden. Den Gegensatz zum anderen Ort bildet der Ablieferungsort (nicht zu verwechseln mit Erfüllungsort). Unter Umständen kann, wenn nicht am Ort des Etablissements des Käufers tradirt werden soll, gerade der Etablissementsort dieser andere Ort, von welchem aus übersandt wird, sein. **Art. 347.**

Ob der Platz, an welchem der Verkäufer die Waare aus der Hand giebt, und der Platz, an welchem sie der Käufer annimmt, als zwei verschiedene Orte betrachtet werden können, oder als der nämliche Ort erscheinen, ist quaestio facti. Wegen der unten zu besprechenden (siehe §. 21 ff.) analogen Ausdehnung der vorliegenden Bestimmungen ist die Untersuchung ohne praktische Bedeutung. Will man aber diese analoge Anwendung nicht anerkennen, so kann das zu Art. 20 in §. 5 Bemerkte bei der Untersuchung benutzt werden. Wichtig werden kann der Umstand, ob die Lage der beiden Plätze so entfernt ist, dass man sich zur Uebersendung derjenigen Transportmittel zu bedienen pflegt, welche auch zur Versendung nach grösseren Entfernungen benutzt werden (Eisenbahn, Frachtführer u. s. w.), oder ob, abgesehen von besonderen Umständen (z. B. dass der Verkäufer selbst Transportwagen hält, dass die Wege sehr schlecht sind), man sich dieser Transportmittel bedienen würde.

Uebersendet, d. h. zur Erfüllung des Vertrags. Hatte schon eine Tradition inter praesentes stattgefunden, so kommt die nachherige vom Verkäufer übernommene Uebersendung nicht mehr in Betracht. §. 5.

Nach der Ablieferung, d. i. nach dem Zeitpunkt, in welchem thatsächlich abgeliefert und entgegengenommen wurde, nicht nach dem Zeitpunkt, in welchem dies geschehen sollte. Hätte der Käufer auch erst in einem späteren Zeitpunkt zu empfangen brauchen (Art. 334), aber in einem früheren die Waare angenommen, so ist er sofort zur Untersuchung verpflichtet. Jedoch kann er, so lange er nicht zur Annahme verpflichtet ist (Art. 346), der dennoch erfolgten Annahme wirksame Vorbehalte beifügen, also auch den Vorbehalt der späteren Prüfung[2]; §. 6.

[2]) Z. B. der Käufer erklärt dem Verkäufer: Da die Waare vor der verabredeten Erfüllungszeit angekommen, sei sein Lagerraum noch nicht zur Aufnahme derselben bereit. Um aber den Verkäufer nicht in Verlegenheit zu setzen, habe er dieselbe dem Transportanten doch abgenommen und einstweilen auf einem anderen Lager untergebracht. Dort aber habe er nicht die Möglichkeit, eine

Art. 347. derselbe muss aber gegenüber dem Verkäufer selbst oder demjenigen, welcher ihn bei Erfüllung des betreffenden Geschäfts vertritt, erklärt werden, nicht etwa nur dem abliefernden Frachtführer oder Spediteur, welcher nur, soweit es sich um die Transportangelegenheit handelt, den Verkäufer vertritt [3]). Ist die Waare nicht zu früh geliefert, so hat der Vorbehalt späterer Prüfung an sich keine rechtliche Bedeutung und kann solche nur durch Einwilligung des Verkäufers erhalten.

§. 7. **Ohne Verzug — sofort.** Beide Ausdrücke haben dieselbe Bedeutung, wie sich aus der Vergleichung mit Absatz 3 ergiebt. Die folgenden Aussprüche des Oberappellationsgerichts in Lübeck sind auch noch für das jetzige Recht zutreffend.

„Es geht zu weit, die Anbringung von Reclamationen an einen ganz kurzen Zeitraum knüpfen zu wollen. Zwar darf der Empfänger bestellter Waaren deren Untersuchung nicht willkürlich verzögern, sondern muss, wenn er sie nicht annehmen will, den Absender hiervon baldmöglichst, sowie von den Gründen seiner Weigerung in Kenntniss setzen. Dieses Princip (woran das Oberappellationsgericht ungeachtet der abweichenden Ansicht neuerer Schriftsteller stets festgehalten hat) beruht aber, abgesehen von einzelnen Particularrechten, nicht auf besonderen positiven Vorschriften, sondern es ist der gedachte Grundsatz nur eine Folge der bona fides und der gegenseitig im Handelsverkehr von den Parteien sich zu prästirenden Diligenz. Aus dieser Quelle des Princips folgt nun aber von selbst, dass eine genau begrenzte Frist, innerhalb welcher die Reclamation bei Verlust derselben erfolgen müsste, sich nicht angeben lässt, und dass eine dem Wechselrecht ähnliche Strenge hier ganz am unrechten Orte sein würde [4]).

„Der handelsrechtliche Satz, dass der Käufer eine Reclamation wegen der Beschaffenheit der zugesendeten Waare bei Verlust seiner Ansprüche alsbald zu erheben habe, kann nicht dahin verstanden werden, dass der Empfänger nothwendig mit der ersten Gelegenheit schreiben müsse; er hat vielmehr nur die Bedeutung, dass der Käufer nicht eine Zeit hingehen lassen dürfe, welche bei geordnetem Geschäftsbetrieb als unmotivirter Verzug von seiner Seite erscheinen und den Verkäufer theils durch die Erwartung, dass die Waare angekommen

ordnungsmässige Prüfung vorzunehmen. Er behalte sich deswegen die Vornahme derselben vor, wenn er die Waare zur verabredeten Erfüllungszeit in seine Niederlage transportiren lasse.

[3]) Siehe unten §. 10.

[4]) Urtheil aus dem Jahre 1850 bei Goldschmidt, Zeitschrift Bd. IV, S. 443, Note *.

sei, täuschen, theils in seinen auf Anlass der Reclamationen etwa zu ergreifenden Massregeln benachtheiligen würde. Welche Frist hierfür anzunehmen ist, kann in Ermangelung einer positiven Bestimmung nur durch richterliches Ermessen unter Erwägung der concreten Umstände entschieden werden" [5]). Art. 347.

Eine etwaige gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Fixirung der Länge der Frist, innerhalb welcher die Untersuchung stattzufinden hat oder reclamirt werden muss, ist aufgehoben. Auch schliesst der Artikel die Neubildung eines die Frist fixirenden Gewohnheitsrechtssatzes aus (Art. 1). Allerdings kann mit Rücksicht auf die Eigenthümlichkeit mancher Waaren [6]) oder die besonderen Verkehrsverhältnisse eines Orts [7]) sich die Ansicht ausbilden, der Käufer habe rechtzeitig reclamirt, wenn er innerhalb einer bestimmten Frist reclamire. Allein diese Ansicht kann sich nicht zu einem der gesetzlichen Bestimmung derogirenden Rechtssatz gestalten (Art. 1, Bemerkungen §. 6). Die Berufung auf eine solche Frist hat nur dann eine Bedeutung, wenn im concreten Fall die Voraussetzungen vorliegen, aus welchen jene Ansicht entsprungen ist. Ob die Beweislast dadurch verändert werde, ist quaestio facti.

Der Richter wird mit Recht geneigt sein, bei Beurtheilung der Rechtzeitigkeit der Anzeige um so strenger zu verfahren, jemehr eingetretene Conjuncturen annehmen lassen, dass der Käufer ein Interesse daran hat, vom Vertrag abzugehen oder denselben zu modificiren, oder, wenn der Käufer die Waare in der Absicht angeschafft hatte, um dieselbe zu bestimmten Zeiten, z. B. auf einem Markt, bei Gelegenheit eines Festes zu veräussern, und die Reclamation erst nach Ablauf dieser Zeit erfolgt. Hier liegt der Verdacht nahe, dass der Käufer bloss wegen missglückter Speculation den Kauf aufzuheben, die Minderung des Preises zu erreichen suche und zu dem Ende nachträglich Ausstellungen mache, die er vorher nicht gemacht haben würde. Wichtig wird in dem letzteren Fall auch der Umstand, ob der Käufer bereits Theile der Waare verkauft oder zum Verkauf angeboten hatte, oder nicht. Aus diesem Grunde ist es auch nicht überall richtig, dass die Verspätung der Untersuchung dann nicht urgirt werden könne, wenn in Folge beschleunigter Ueber-

[5]) Urtheil aus dem Jahre 1858, ebendaselbst S. 442.

[6]) Manche Waaren, z. B. Wein, müssen, ehe eine Untersuchung möglich ist, eine Zeitlang nach dem Transport ruhen.

[7]) Z. B. längere Dauer der Zollmanipulation oder der Umstand, dass die Waaren an öffentliche Niederlagen abgeliefert werden, oder dass die Niederlagen von den Comptoirs entfernt sind u. s. w.

Art. 347. mittlung der Anzeige, z. B. durch Telegraph statt durch Brief, dem Verkäufer so früh, als er erwarten durfte, die Reclamation zugeht.

§. 8. **Soweit dies nach dem ordnungsmässigen Geschäftsgang thunlich ist.** Wie weit diese Untersuchung zu gehen hat, lässt sich nicht genauer präcisiren. Es sind jedenfalls die Umstände des einzelnen Falls massgebend. Im Allgemeinen kann man nur sagen, dass der Käufer nicht verpflichtet ist, allzuviele Zeit auf die Untersuchung zu verwenden, oder eine solche Art der Untersuchung vorzunehmen, welche grössere Kosten verursacht, oder durch welche eine Verminderung oder Entwerthung der Waare in irgend erheblichem Grade hervorgebracht wird oder nur zu befürchten ist, oder die Möglichkeit des beabsichtigten Gebrauchs, insbesondere die Leichtigkeit der Weiterveräusserung, aufgehoben oder bedroht wird. Im Einzelnen ist zu berücksichtigen die besondere Beschaffenheit der Waare, die Art der Verpackung, die Quantität derselben. Ist z. B. die Waare so beschaffen, dass sie nur in Originalverpackung weiter veräussert werden kann, oder in dieser veräussert zu werden pflegt, oder in derselben bis zur Verwendung belassen werden muss (z. B. Flaschenwein, insbesondere moussirender, rohe Baumwolle), so braucht bei äusserer Fehlerlosigkeit der Verpackung diese nicht beseitigt zu werden; doch kann bei der Lieferung grösserer Quantitäten trotzdem die Oeffnung des einen oder anderen Collo (Kiste, Fass, Flasche, Ballen u. s. w.) und die genauere Untersuchung des Inhalts indicirt sein. In manchen Fällen kann eine Untersuchung durch Entfernung einzelner Theile der Verpackung, Anbohren, Anstechen, Ziehen (bei Baumwolle u. s. w.) als genügend erscheinen. Lässt die äussere Beschaffenheit des Collo oder ein sonstiger Umstand auf Mängel der Waare schliessen, so ist die Untersuchung mit grösserer Sorgfalt vorzunehmen. Bringt es die Besonderheit der Waare mit sich, dass ihre Beschaffenheit sich erst zeigt, wenn eine Bearbeitung oder Verarbeitung derselben vorgenommen wird, so kann die sofortige Vornahme der betreffenden Manipulation mit einem kleinen Theil geboten sein, z. B. Spinnen, Spulen, Färben, Weben, Anwendung von Reagentien.

Die Zuziehung von Sachverständigen wird im Allgemeinen nicht als geboten erscheinen[8]). Ist aber die Waare von der Art, dass ihre Beschaffenheit nur von Sachverständigen erkannt wird (z. B. bei Indigo),

[8]) Es würde irrthümlich sein, die Verpflichtung zur Zuziehung von Sachverständigen aus Art. 282 herleiten zu wollen, denn auch wenn der Kauf auf Seiten des Käufers Handelsgeschäft ist, kann doch hier nicht von einer Sorgfalt, die vom Verkäufer zu prästiren ist, gesprochen werden.

so kann die Zuziehung solcher als zur ordnungsmässigen Untersuchung erforderlich erachtet werden. Art. 347.

Auch subjective Gründe, welche die Untersuchung oder die ordnungsmässige Untersuchung verhindern, verzögern, erschweren, können in Betracht kommen, vorausgesetzt natürlich, dass der Käufer sie nicht verschuldet hat. Als Verschuldung wird es insbesondere beim Kaufmann anzusehen sein, wenn er nicht die gehörigen Vorkehrungen getroffen hat, dass die Untersuchung zur Ablieferungszeit und am Ablieferungsort ordnungsmässig vorgenommen werden konnte; wenn er also nicht die erforderlichen Lagerräume, das nöthige Personal u. s. w. bereit hatte. Geschäftsüberhäufung, sobald sie vorhergesehen werden musste, z. B. zur Messzeit, dient nicht als Entschuldigungsgrund, während das Zusammentreffen mehrerer grosser Sendungen, welche nicht zugleich erwartet wurden, allerdings einen solchen bilden kann.

Weiss der Verkäufer, dass der Käufer nicht im Stande ist, sofort die Ablieferung der erforderlichen Untersuchung vorzunehmen, so kann er die Verzögerung derselben nicht geltend machen. Sie hat aber später stattzufinden, sobald sie den Umständen nach vorgenommen werden kann (z. B. es wird an einem Orte abgeliefert, von welchem der Käufer die Waare sofort weiter transportirt, oder die Waare wird von Bord zu Bord geliefert). Die eigentliche Untersuchung wird in diesem Falle erst nach der Ankunft im eigentlichen, bez. zweiten Bestimmungsorte stattzufinden haben. Hinsichtlich der Fehler jedoch, welche bei der Ablieferung selbst trotz der ungünstigen Umstände, unter welchen sie geschah, zu entdecken waren, bleibt die Verpflichtung zur Untersuchung und Anzeige bestehen. Nur ist hier bei Beurtheilung der Frage, welche Fehler zu entdecken waren, darauf Rücksicht zu nehmen, durch welche Personen der Käufer die Waaren abnehmen liess oder abnehmen lassen musste.

Die Umstände können sich so gestalten, dass der Käufer zu einer mehrmaligen Untersuchung verpflichtet ist, in der Art, dass die spätere eine genauere ist als die frühere. Dies ist namentlich der Fall, wenn die Waare so beschaffen ist, dass gewisse Eigenschaften erst, nachdem sie eine Zeitlang gelagert hat, oder gewisse Manipulationen mit ihr vorgenommen sind, sich erkennen lassen [9]). Der Käufer kann unter Um-

[9]) Beispiel: Es werden ganz frische Cigarren gekauft. Was die Sorte der Tabacksblätter, die Grösse der Cigarren, die Art der Wickelung betrifft, so lässt sich das Nichtvertragsmässige sofort erkennen. Ob die Cigarren aber gut brennen, ob sie die Asche halten, ob diese weiss ist u. s. f., kann erst nachdem die Waare abgelagert ist, festgestellt werden. Der Käufer ist daher verpflichtet, die Mängel, welche sich in jenen Beziehungen ergeben, alsbald zu rügen, hinsichtlich der letzteren aber eine Untersuchung vorzunehmen, sobald der Zustand der

Art. 347. ständen auch gehalten sein, bei Verlust seiner Ansprüche dafür zu haften, dass eine solche genauere Untersuchung rechtzeitig von demjenigen vorgenommen werde, welchem er die Waare weiter veräussert hat [10 a]).

Unter Umständen kann der Käufer gegründete Veranlassung haben, die Untersuchung zu sistiren, über den Zustand der Waare, wie derselbe ohne Oeffnung der Verpackung oder bei Lüftung derselben sich darstellt, an den Käufer zu berichten und dessen Ordre einzuholen.

§. 9. **Vertragsmässig oder gesetzmässig** (Art. 335). Dass das letztere Wort sich nur auf „Beschaffenheit und Güte" der Waare bezieht, ergiebt sich aus dem beigefügten Citat des Art. 335. Dies bietet aber auch ein Argument dafür, dass auch das Wort vertragsmässig ebenfalls nur auf Beschaffenheit zu beziehen ist [10 b]).

Ein Mangel gesetzlicher oder vertragsmässiger Beschaffenheit der Waare kann auch in der Art der Verpackung liegen (z. B. Unhaltbarkeit der Originalverpackung, in welcher die Waare weiter veräussert werden soll; Verpackung der Cigarren in Kistchen zu 250 Stück, statt in solche zu 100 Stück; des Oels in Gebinden zu 6 statt zu 3 Centnern). Die Verpackung bildet hier überall einen Theil der Waare, bez. die Art der Verpackung gehört hier mit zur Beschaffenheit der Waare.

§. 10. **Anzeige.** Von dem in erster Lesung gefassten Beschlusse, dass die Anzeige schriftlich geschehen müsse (Protokolle S. 647 und 653), ging man in zweiter Lesung wieder ab, „da diese Bestimmung in vielen Fällen zu lästig und deshalb unpraktisch erscheine, überhaupt aber dem Geist des Gesetzes nicht entsprechend sei." Protokolle S. 1383. Man hat in erster Lesung für die obligatorische Schriftlichkeit namentlich auch im Kleinverkehr angeführt, „wie misslich es sei, wenn der Krämer, dem

Waare dieselbe zulässt. Versäumt er dies, so gilt auch nach dieser Richtung die Waare für genehmigt.

[10 a]) Beispiel: B kauft von A Waaren, welche in der Verpackung (Originalverpackung) weiter veräussert zu werden pflegen, und verkauft dieselben, nachdem er sie nur äusserlich untersucht hatte, in der Verpackung an C, der sie zur Verarbeitung, Consumtion oder zum weiteren Verkauf im Detail kauft. Kann nun B von C sich gegenüber eine alsbaldige eingehende Untersuchung der Waare mit Entfernung der Verpackung verlangen, so kann B auch dem A gegenüber die später entdeckten Fehler nur geltend machen unter der Voraussetzung, dass C rechtzeitig die erforderliche Untersuchung vorgenommen hatte. — Darüber, dass in der Disposition über die Waare nicht immer eine Billigung derselben enthalten ist, s. u. §. 12.

[10 b]) Mass, Zahl, Gewicht einer Waare kann ebenfalls für die Bestimmung ihrer Beschaffenheit von Bedeutung sein, z. B. Breite des Tuchs, Gewicht eines Scheffels Weizen, Anzahl der einzelnen Gegenstände, welche auf eine gewisse Gewichtseinheit gehen. — Im einzelnen Fall kann es zweifelhaft sein, ob das Gewicht etc. zur Bestimmung der Quantität oder der Qualität verabredet ist, z. B. wenn über eine Anzahl Stücke Tuch contrahirt und die Ellenzahl des Stückes verabredet ist oder usancemässig feststeht.

eine Waare zugesandt worden und dem sie nicht entspreche, dieselbe so lange liegen lasse, bis der Reisende des Kaufmanns zu ihm komme und er so Gelegenheit erhalte, die Sache mündlich abzumachen." Protokolle S. 648. Es braucht wohl kaum darauf aufmerksam gemacht zu werden, dass durch den angeführten Beschluss in zweiter Lesung dem Käufer nicht nachgelassen wird, die Gelegenheit zu mündlichen Reclamationen abzuwarten, sondern dass dadurch nur die Wirksamkeit einer rechtzeitigen Reclamation, auch dann, wenn sie mündlich erfolgt, anerkannt wird. **Art. 347.**

Die Anzeige muss genügend substantiirt sein, damit der Verkäufer die Art und den Umfang des Mangels erkenne. Bei einzelnen Waaren kann dazu schon eine einzige Bezeichnung dienen; bei anderen ist eine nähere Ausführung erforderlich. Ganz allgemeine Bezeichnungen des Mangels, wie „schlechte Waare", oder des fehlerhaften Theils der Waare [11]) genügen nicht, dagegen „kann eine sofortige vollständige Specialisirung sämmtlicher Ausstellungen nicht verlangt werden".

Die Anzeige ist dem Verkäufer zu machen. Wird sie einem der Leute des Verkäufers (Handlungsgehülfen, Dienstboten u. s. w.) oder einem von diesen Beauftragten ertheilt, so ist, wenn dieser sie nicht dem Verkäufer übermittelt, zu untersuchen, ob die betreffende Person zur Empfangnahme dieser Art Anzeigen oder dieser Anzeige bevollmächtigt war. Als nicht bevollmächtigt werden meistens die nur mit dem Transport beauftragten Personen erscheinen, als bevollmächtigt dagegen der Handlungsreisende oder Agent, welcher das Geschäft abgeschlossen oder vermittelt hatte.

Sendet der Käufer die Anzeige an den Verkäufer oder dessen Bevollmächtigten, so haftet er für Verschulden bei der Wahl des Ueberbringers, nicht aber trägt er die Gefahr der abgesandten Anzeige auf dem Weg. Dies ergiebt sich aus allgemeinen Grundsätzen und wird durch Art. 349, Absatz 3 bestätigt. Der Käufer wird also regelmässig das Seinige gethan haben, wenn er ordnungsmässig den Brief der Post übergeben, das Telegramm aufgegeben hat. Hat der Käufer jedoch Veranlassung anzunehmen, dass die Anzeige nicht an den Verkäufer gelangt ist, z. B. weil der Verkäufer ihrer in seinen späteren Briefen nicht erwähnt, oder weil der Postenlauf, die Telegraphenverbindung unterbrochen wird, so erfordert es die bona fides, dass er dieselbe in geeigneter Weise wiederholt.

[11]) Z. B. „einzelne Säcke sind feucht", „ein Theil der Cigarren hat keine Luft". Anders, wenn die fehlerhafte oder ungleichmässige Beschaffenheit einzelner Stücke als Mangel der gelieferten Waare in ihrer Totalität erscheint; z. B. „die Cigarren sind nicht gleich gross oder verschiedenartig gewickelt", oder „ein Theil der Kaffeebohnen ist von anderer Farbe".

Art. 347. Die Anzeige braucht nur eine Rüge des Mangels zu enthalten; sie kann aber auch mit einer Erklärung über diejenigen Schritte verbunden sein, welche der Käufer in Folge dieser Thatsache zu thun beabsichtigt (Dispositionsstellung mit der Erklärung, vertragsmässige Erfüllung zu erwarten oder vom Vertrag abzugehen; Offerte, den Kaufpreis zu mindern u. s. w.).

Durch besondere Verabredung (die natürlich auch stillschweigend geschehen kann) kann die gesetzliche Bestimmung über die Untersuchungs- und Anzeigepflicht im einzelnen Fall modificirt, es kann dem Käufer auch jede Untersuchung erlassen sein. Ein Erlass der Untersuchung kann in der Garantie gewisser Eigenschaften enthalten sein. Der in dieser Weise oder sonst erklärte Erlass involvirt aber nicht nothwendig einen Erlass der Anzeigepflicht.

§ 11. **Absatz 2.** Die Unterlassung der rechtzeitigen Anzeige eines Mangels, der bei rechtzeitiger ordnungsmässiger Untersuchung hätte entdeckt werden müssen, erscheint als ein dem Verkäufer gegenüber erklärter Verzicht auf Geltendmachung des vorhandenen Mangels in irgend welcher Weise, einerlei ob agendo oder excipiendo.

§. 12. **Gilt als genehmigt,** d. h. die Unterlassung der Anzeige hat dieselbe Wirkung wie die Genehmigung, nicht etwa: Es ist zu vermuthen, dass der die Anzeige unterlassende Käufer genehmigen wolle. Selbst eine ausdrückliche Erklärung des Käufers, dass er nicht genehmige, ist, sobald sie nicht auf namhaft gemachte Mängel gestützt ist, wirkungslos, denn dem Käufer steht nicht etwa frei, zu genehmigen oder nicht zu genehmigen, sondern er hat nur die Alternative, zu genehmigen oder eine motivirte Nichtgenehmigung zu erklären.

Die ausdrückliche Genehmigung der Waare schliesst in dem Umfang, in welchem sie erklärt ist, die spätere wenn auch noch rechtzeitige Geltendmachung von Mängeln aus und hebt die Wirkung der früher erfolgten Anzeige auf. Aber auch die nichtausdrückliche aus den Umständen sich ergebende Genehmigung hat dieselbe rechtliche Bedeutung. Ob die Disposition über die Waare (Verkauf, Verarbeitung, Consumtion) eine solche Genehmigung implicirt, bez. ob anzunehmen ist, dass dieselbe sich auf die ganze Waare erstreckt, ist quaestio facti. Geeignet, die Annahme, dass in der Disposition eine Billigung liege, auszuschliessen, können folgende Umstände sein. Der Käufer, welcher Lieferungsverträge mit Dritten geschlossen hatte, verwendet, um den Schaden, der aus der Nichterfüllung derselben erwachsen würde, zu vermeiden,

die Waare zu deren Erfüllung [12]). Ferner, der Käufer hat Grund zur Befürchtung, dass der Verkäufer ihm nicht genügende Sicherheit biete, dass er ihm sein Interesse ersetzen werde (namentlich wenn der Kaufpreis schon bezahlt ist) und sucht sich darum durch Weiterverkauf der Waare theilweise zu decken. Ferner, der Käufer hatte die Waare zur Disposition gestellt, der Verkäufer sich aber darauf längere Zeit nicht erklärt oder sich geweigert, den Ansprüchen des Käufers gerecht zu werden; der Käufer disponirt nun über die Waare. Art. 347.

Besonders vorsichtig wird man mit der Folgerung aus der Disposition auf Genehmigung sein müssen betreffs der Mängel, welche der Käufer bei einer ordnungsmässigen Untersuchung selbst nicht zu entdecken in der Lage war; z. B. wenn er Waare gekauft hatte, welche in der Verpackung (Originalverpackung) weiter verkauft zu werden pflegt, und er dieselbe verpackt weiter verkauft hatte [13]), oder wenn er das eingekaufte Rohmaterial weiter verarbeitet. Eine zum Zweck der Untersuchung vorgenommene Bearbeitung oder Verarbeitung eines Theils kann nie als Verzicht aufgefasst werden [14]).

Nicht erkennbar. Der Grund des Nichterkanntwerdens eines Fehlers kann in dem Umstand liegen, dass die Verpackung denselben verhehlt; aber auch darin, dass der Mangel aus dem Zustande der Waare bei der Ablieferung gar nicht wahrgenommen werden konnte oder die Wahrnehmung desselben ein genaues Sachverständniss oder die Vornahme besonderer Manipulationen erfordert. War nun der Fehler bei der genauesten Untersuchung durch einen Sachkenner nicht zu erkennen, oder war nach ordnungsmässigem Geschäftsgang der Käufer nicht verpflichtet, die Verpackung zu entfernen oder völlig zu entfernen oder die beson- §. 13.

[12]) Vorausgesetzt wird natürlich, dass er bei dieser Verwendung in Folge der Beschaffenheit der Waare Schaden leidet oder nicht den Gewinn macht, welchen er, wenn er vertragsmässige Waare erhalten hätte, gemacht haben würde.

[13]) Ueber die Haftung des ersten Käufers für die rechtzeitige und ordnungsmässige Untersuchung durch den zweiten Käufer siehe oben §. 8, Note 10[a].

[14]) Eine andere Frage ist, ob der Käufer, welcher nach Entdeckung eines Mangels der Waare die Verarbeitung derselben vornimmt oder in derselben fortfährt, die in Folge dieses Mangels eingetretene schlechte Beschaffenheit des Fabricats dem Verkäufer gegenüber geltend machen kann. Z. B. der Verkäufer von Garn entdeckt, nachdem dasselbe gefärbt oder gespult oder mit dem Weben begonnen ist, dass das daraus gefertigte Gewebe ungleichmässig ausfällt. Er lässt trotzdem mit dem Weben beginnen oder fortfahren, und der Minderwerth des erhaltenen Gewebes gegenüber einem solchen aus fehlerfreiem Garn gefertigten ist in Folge der Arbeitskosten, der Zuthaten u. s. w. grösser als der Minderwerth des Garns war. Es kommt hier Alles auf die Umstände des einzelnen Falls an. Wichtig ist dabei insbesondere, ob der Käufer in der Lage war, sich fehlerfreies Garn anderwärts zu verschaffen, ferner ob er (z. B. in Folge abgeschlossener Lieferungsverträge, in Aussicht stehender Conjuncturveränderungen) bedeutende Verluste riskirte, wenn er die Gewebe nicht vollenden liess.

Art. 347. deren Manipulationen vorzunehmen, oder konnte bei ihm der besondere Grund des Sachverständnisses nicht vorausgesetzt werden, und war er nicht für verpflichtet zu achten, einen Sachverständigen besonders hinzuzuziehen (siehe oben §. 8), so ist das Nichterkennen rechtlich entschuldigt. Im entgegengesetzten Fall ist es dem Käufer zu imputiren, er kann die Fehler nicht mehr geltend machen. — Hierbei ist es gleichgültig, ob der Käufer eine ordnungsmässige oder überhaupt irgend eine Untersuchung vorgenommen, oder ob er dieses unterlassen hat. Auch im letzteren Fall kann der Käufer den nicht erkennbaren Fehler rügen.

Es kann vorkommen, dass der Käufer wegen unterlassener Untersuchung oder Anzeige der Geltendmachung derjenigen Fehler, welche bei dieser hätten erkannt werden müssen, verlustig wird, dagegen die nichterkennbaren noch geltend machen kann[15]).

§. 14. **Absatz 3. Ergeben sich später solche Mängel.** Die Entdeckung kann Folge einer neuen eingehenden Untersuchung sein, zu welcher der Käufer verpflichtet war (siehe oben §. 8), oder welche zufällig geschah. Der Mangel kann zu Tage treten nach Oeffnung der Verpackung oder nachdem die Waare durch Bearbeitung oder Verarbeitung (Spinnen der Baumwolle, Färben und Weben des Garns, Kochen des Hopfens, Mahlen des Getreides etc.) oder durch Ereignisse, die von dem Willen des Käufers unabhängig sind (z. B. Einwirkung des Lichts, der Wärme) eine Veränderung erfahren hat.

§. 15. **Absatz 4** enthält die negative Bestimmung, dass in den Besonderheiten des Kaufs auf Besicht und nach Probe kein Grund liege, die Bestimmungen des Absatzes 3 nicht anzuwenden. Dies würde auch ohne gesetzliche Bestimmung anzunehmen sein. Beide Arten von Käufen sind jedoch wesentlich von einander unterschieden und daher gesondert zu betrachten.

1) Was den **Kauf auf Besicht oder Probe** (s. Art. 339) betrifft, so kann auf diesen Absatz 1 nicht angewandt werden, weil ja bei einem derartigen Kauf die vertragsmässige oder gesetzmässige Beschaffenheit der Waare auf die Frage, ob der Vertrag rechtsbeständig und ob er gehörig erfüllt sei, einen Einfluss nicht hat, sondern bis zu Ende der verabredeten oder ortsgebräuchlichen Frist, bez. bis zur ergangenen Aufforderung es in die Willkür des Käufers gestellt ist, ob er überhaupt den Kauf zur Perfection kommen oder denselben bestehen lassen will, und weil andererseits die durch Sprechen (Art. 339, Absatz 2 und 3) oder

15) Z. B. in dem Fall der Note 9 kann er möglicherweise zwar nicht die nichtvertragsmässige Form der Cigarren, wohl aber den schlechten Brand zu rügen befugt sein.

Schweigen (Art. 339, Absatz 4 und der Fall der Resolutivbedingung) zu gebende Erklärung, dass der Kauf perfect sei oder bleiben solle, nothwendig mit einer Genehmigung der Waare zusammenfällt, ja regelmässig als solche abgegeben wird (Art. 339, Absatz 1). Es würde sich aber fragen, in welchem Umfang diese Genehmigungserklärung aufzufassen ist. Dass sie jedenfalls auf alle diejenigen Eigenschaften bezogen werden muss, welche bei einer ordnungsmässigen, während der Prüfungszeit vorzunehmenden Untersuchung erkennbar sind, und dass also die Geltendmachung der dabei erkennbaren Mängel ausgeschlossen ist, kann nicht bezweifelt werden. Das aber könnte fraglich sein, ob nicht beim Kauf auf Besicht eine eingehendere Untersuchung verlangt werden müsse, oder ob dem Käufer durch seine Billigung sogar nicht etwa jede Möglichkeit der Geltendmachung von Mängeln entzogen sei [16]). Allein aus der Natur des Kaufs auf Besicht ist für die Bejahung dieser Frage ein Grund nicht zu entnehmen und das Gesetz beantwortet sie demgemäss auch mit Recht verneinend, indem es die Genehmigung der Waare, wodurch ein Kauf auf Besicht perfect wird, ihrer Wirkung nach der Unterlassung der in Absatz 1 vorgeschriebenen Anzeige gleichstellt [17]). Dadurch ist aber nicht ausgeschlossen, dass aus den Umständen (z. B. aus der Länge der verabredeten Prüfungszeit, aus dem Verhandeln über die Modalitäten der Prüfung) die Absicht der Parteien hervorgehen kann, dass der Käufer eine besonders genaue und eingehende Prüfung der Waare vorzunehmen hat. **Art. 347.**

2) Durch den Abschluss des **Kaufs nach Probe** (s. Art. 340) ist eine besondere Art der Constatirung der vertragsmässigen Beschaffenheit der Waare verabredet. Vertragsmässig ist die Waare, wenn sie mit der Probe übereinstimmt. Die Untersuchung des Käufers hat daher in einer Vergleichung der Waare mit der Probe zu bestehen. In dieser Besonderheit liegt aber ein Grund, die hinsichtlich der Verpflichtung des Käufers zur Untersuchung und der rechtlichen Folgen der Unterlassung derselben geltenden Rechtssätze zu modificiren, keineswegs. Der Käufer, welcher die rechtzeitige Untersuchung der Waare bez. Anzeige der Unprobemässigkeit unterlässt, kann daher die Unprobemässigkeit später nur soweit geltend machen, als dieselbe bei der sofortigen Untersuchung nach ordnungsmässigem Geschäftsgang nicht erkennbar war (Absatz 2), und §. 16.

[16]) Diese Auffassung wurde in zweiter Lesung vorgebracht, fand aber keinen Anklang (Protokolle S. 1381 ff.). In erster Lesung war nur gegen die Zulässigkeit der Geltendmachung heimlicher Mängel im Allgemeinen polemisirt worden (Protokolle S. 1618 bis 1620).

[17]) Ueber die Interpretation der ausdrücklichen Erklärungen siehe §. 12.

Art. 347. muss dieselbe ohne Verzug nach der gemachten Entdeckung anzeigen (Absatz 3).

Ist die Probe nur zum Zweck der Bestimmung einzelner Eigenschaften der Waare gegeben [18]), so ist hinsichtlich der übrigen Eigenschaften die Untersuchung ganz in derselben Weise vorzunehmen, wie wenn der Kauf überhaupt nicht nach Probe abgeschlossen worden wäre. Hinsichtlich solcher Eigenschaften, welche sich aus einer Vergleichung mit der Probe nicht bestimmen lassen, ist nach den citirten Bemerkungen die Probe nicht gegeben, folglich kommen auch in Betreff der Geltendmachung heimlicher Mängel die Bestimmungen des Artikels überall zur Anwendung.

Diese aus allgemeinen Grundsätzen sich ergebenden Sätze sind durch Absatz 4 gesetzlich anerkannt [19]). Sie gelten nicht nur für den Kauf nach Probe nach der Auffassung des Art. 340 und zwar einerlei, ob er unter einer suspensiven oder unter einer resolutiven Bedingung abgeschlossen ist, sondern auch für den unter der Bedingung der Probemässigkeit abgeschlossenen Kauf (s. die Bemerkung zu Art. 340 §. 2).

Ueber die Geltendmachung der an der Probe entdeckten heimlichen Mängel siehe unten §. 18.

§. 17. **Weitere Anwendung des Princips des Artikels.** Der Artikel spricht das Präjudiz, welches den Käufer hinsichtlich einer Waare treffen soll, nur für den Fall aus, wenn er die Untersuchung dieser Waare bez. die Anzeige des an derselben erkannten Mangels unterlässt. Die Ratio, aus welcher die Rechtssätze des Artikels hervorgegangen sind, führt aber mit Nothwendigkeit zur Anerkennung des nämlichen Präjudizes auch für andere Fälle, in welchen die Untersuchung anderer Waaren unterlassen, bez. die anderweit erkannte Nichtvertragsmässigkeit der gelieferten Waare nicht angezeigt worden ist. Es sind in dieser Beziehung insbesondere folgende Fälle ins Auge zu fassen.

1) Es kommt vor, dass bei manchen Käufen, namentlich bei solchen, deren Object der Verkäufer verfertigen oder anderweit anschaffen soll, verabredet ist [20]), dass der Käufer dem Verkäufer vor der Erfüllung eine

[18]) Art. 340, Bemerkungen §. 6.

[19]) Die Opposition gegen Aufnahme dieser in Art. 257 des preussischen Entwurfs enthaltenen Bestimmung stützte sich auch keineswegs auf besondere aus dem Wesen des Kaufs nach Probe (bez. auf Besicht — s. o. Note 16) hergenommenen Gründe, sondern war gegen die Anerkennung des Rechts, nach erfolgter Genehmigung verborgene Fehler geltend zu machen, überhaupt gerichtet.

[20]) Ohne darauf gerichtete Verabredung ist der Käufer nicht verpflichtet, die ihm übergebene Ausfallsprobe als solche anzunehmen. Ob jedoch, wenn er auf die Zusendung stillschweigt, nicht zu folgern ist, dass er die ihm als Ausfallsprobe bezeichnete Sache als solche angenommen habe, die betreffende Verabredung mithin als nachträglich geschlossen gelten muss, ist quaestio facti.

kleine Partie der zu liefernden Waare, eine sogenannte Ausfallsprobe, übergeben soll, zum Zweck, dem Verkäufer Kenntniss von der Beschaffenheit der Waare zu geben [21]). Hat der Käufer diese Probe erhalten, so ist er verpflichtet, dieselbe in der nämlichen Weise zu untersuchen und die an derselben entdeckbaren Mängel zu rügen, wie wenn die Waare selbst ihm übergeben worden wäre. Versäumt er dies, so kann er später diese Mängel an der Waare selbst nicht mehr geltend machen [22]). Insbesondere erscheint eine solche Untersuchung dann als Gebot der bona fides, wenn es sich um vom Käufer anzufertigende Fabricate handelt, eine sofortige Untersuchung und Anzeige der Mängel also den Verkäufer in den Stand gesetzt hätte, dieselben bei der Anfertigung oder weiteren Anfertigung der Waare zu vermeiden, oder rechtzeitig andere vertragsmässige Waare anzufertigen und zu liefern. **Art. 347.**

Bei der Ablieferung der Waare selbst hat der Käufer dieselbe Art der Untersuchung wie bei der Ablieferung einer nach Probe verkauften Waare zu beobachten [23]).

2) Dem Käufer ist eine Probe übergeben worden, sei es eine solche, auf Grund deren der Kauf abgeschlossen ist (Kauf nach Probe), sei es eine sogenannte Ausfallsprobe im Sinn von Nro. 1 (§. 17), und es treten an derselben später Mängel zu Tage, die bei der Untersuchung zur Zeit des Empfangs nicht erkennbar waren [24]). Wenn nun auch diese Fehler an der gelieferten frischen Waare selbst sich nicht entdecken lassen, so können sie doch nicht als heimliche Mängel betrachtet werden, denn der Verkäufer hat ja durch die Lieferung selbst die Identität der Qualität der gelieferten Waare mit der der Probe erklärt [25]). Sie müssen mithin von dem Verkäufer angezeigt werden. Ja die bona fides verlangt sogar, dass der §. 18.

[21]) Das Geben einer Probe nach Abschluss des Kaufs kann auch andere Zwecke haben, z. B. den Käufer in den Stand zu setzen, dieselbe seinen Kunden vorzulegen, um auf Grund derselben Verkäufe nach Probe abzuschliessen. War lediglich ein solcher anderer Zweck beabsichtigt, so fehlt die Voraussetzung des im Text behandelten Rechtssatzes. Es ist mithin im einzelnen Fall die Absicht der Contrahenten zu erforschen.

[22]) Man kann zweifeln, ob hier nur eine analoge und nicht vielmehr eine directe Anwendung des Artikels vorliegt, denn das Geben der Ausfallsprobe in der erwähnten Absicht ist eine Ablieferung der Waare zum Zweck der Untersuchung derselben.

[23]) S. oben §. 16. — Dass das Geschäft selbst nicht als Kauf nach Probe angesehen werden kann, ist evident. Eine Probe lag ja beim Abschluss gar nicht vor, der Kauf konnte mithin nicht auf Grund derselben geschlossen werden.

[24]) Z. B. die Farbe ist verschossen, die Cigarren haben durch das Ablagern ihr schönes Ansehen verloren und kohlen beim Rauchen.

[25]) Vorausgesetzt ist dabei natürlich, dass die Probe in derselben Weise behandelt worden ist, wie die betreffende Waare behandelt zu werden pflegt, dass also z. B. die als Probe gegebenen Cigarren nicht künstlich getrocknet, das Zeug nicht fortdauernd dem grellen Sonnenschein ausgesetzt worden war.

Art. 347. Käufer, wenn die Fehler schon vor der Lieferung der Waare entdeckt werden, sie sofort nach der Entdeckung anzeige, unter dem Präjudiz, sie später an der Waare selbst nicht mehr rügen zu können.

§. 19. 3) Wenn ein Kauf abgeschlossen, aber ratenweise Lieferung verabredet worden ist, so schliesst die ausdrückliche Billigung der Qualität der ersteren Rate die Geltendmachung bei der Untersuchung sofort entdeckbarer Mängel an den späteren Raten aus. Ist das Nämliche aber auch als Wirkung der aus der Versäumung der Untersuchung und Anzeige der Fehler sich ergebenden stillschweigenden Billigung anzunehmen? Die Frage lässt sich im Allgemeinen weder bejahen noch verneinen, sondern es werden die Umstände des einzelnen Falls ins Auge zu fassen sein. Nur folgende Andeutungen mögen hier Platz finden.

Jedenfalls kann es sich nur um solche Mängel handeln, von welchen der Käufer voraussetzen muss, dass sie sich nicht bloss auf die einzelne gelieferte Partie beschränken, sondern sich auch an den später zu liefernden Waaren finden werden [26]). Ferner wird man zu unterscheiden haben zwischen Mängeln, welche der Käufer an der früheren Lieferung wirklich (bei Empfang oder später) entdeckt und nicht angezeigt hatte, und solchen, welche er wegen mangelhafter Untersuchung gar nicht entdeckt hatte. Die Nichtvornahme der Untersuchung kann aber nur so weit präjudiciren, als das zu untersuchende Object selbst in Betracht kommt, während dem in der Nichtanzeige von Fehlern, welche der Käufer wirklich entdeckt hat, und welche sich präsumtiv auch an den anderen Lieferungen finden werden, liegenden Verstoss gegen die bona fides auch eine Wirkung in Betreff der nachfolgenden Lieferungen zugeschrieben werden kann.

§. 20. 4) Hat der Käufer aus der vor Ablieferung der Waaren empfangenen Factura oder dem Avisbrief Kenntniss von der Nichtvertragsmässigkeit der Waare erhalten, so erfordert die bona fides, dass er dieselbe sofort rüge; z. B. gekauft ist Waare erster Qualität, geschälter Reis, Wein in Flaschen, Oel in kleinen Gebinden, die Factura lautet auf zweite Qualität, ungeschälten Reis, Wein im Fass, Oel in grossen Gebinden.

Noch prägnanter tritt die Rügepflicht hervor, wenn die Nichtvertragsmässigkeit sich aus dem zum Zweck der Erfüllung des Kaufs übersandten Connossement (vergl. Art. 649) ergiebt.

[26]) Nicht präjudicirend in Betreff der folgenden Lieferungen wird also insbesondere die Nichtanzeige von Beschädigungen sein, welche die gelieferten Waaren auf dem Transport erlitten haben. — Werden die einzelnen Partien vom Verkäufer zu verschiedenen Zeiten angefertigt oder eingekauft, so wird der Schluss von der Beschaffenheit der einen Lieferung auf die Beschaffenheit der anderen nur in beschränktem Umfang zulässig sein.

Anwendbarkeit des Artikels auf Platzgeschäfte? Der Artikel ist für einen bestimmten Fall formulirt: es wird vorausgesetzt, dass die Waare „von einem anderen Ort übersendet sei", dass ein sogenanntes Distanzgeschäft vorliege. Was gilt nun hinsichtlich der Untersuchungspflicht, wenn beide Parteien (persönlich oder durch Stellvertreter) bei der Erfüllung am Erfüllungsort anwesend sind, bei Platzgeschäften? Kommen nach Art. 1 die Handelsgebräuche und eventuell das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung? Sicherlich; vorausgesetzt immer, dass sich nicht aus dem Gesetze durch Interpretation weitere Sätze entwickeln lassen, welche dann nach Art. 1 (vergl. Bemerkungen zu diesem Artikel §. 2) ebenfalls den Vorrang vor den Handelsgebräuchen und dem allgemeinen bürgerlichen Recht haben, wenn nicht das Gesetz die analoge Anwendung ausdrücklich ausschliesst. Gerade die eigenthümliche Begrenzung des Geltungsgebiets des Handelsgesetzbuchs und seine Stellung zu den anderen Rechtsquellen weist auf die Nothwendigkeit der Anerkennung der analogen Ausdehnung des Gesetzes hin und lässt es in evidenter Weise hervortreten, dass deren Verwerfung Proclamirung der Inconsequenz wäre. **Art. 347. §. 21.**

Auch kann in concreto die analoge Ausdehnung nicht etwa deswegen als unzulässig bezeichnet werden, weil die Nürnberger Conferenz den Antrag, die Worte: „ist die Waare von einem anderen Ort übersendet" zu streichen und damit den Artikel auf alle Fälle der Uebertragung der Waare auszudehnen, verworfen hat, und bei dieser Gelegenheit in den Protokollen angeführt wird: „Andere Mitglieder sprachen sich gegen jede Art der Entscheidung über Platzgeschäfte im Handelsgesetzbuch aus, weil an dieser Frage für den Verkehr der verschiedenen Staaten unter einander kein Interesse bestehe, solche vielmehr füglich den Particulargesetzgebungen anheim gegeben werden könne" (Protokolle S. 657). Hätte in der That die Conferenz die Absicht gehabt zu bestimmen, dass die Frage über die Voraussetzungen der Geltendmachung der Nichtvertragsmässigkeit der Waare bei Platzgeschäften lediglich nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht oder den Handelsgebräuchen zu beurtheilen sei, so hat sie diese Absicht doch keinesfalls realisirt. Daraus, dass die betreffenden Rechtssätze für sogenannte Distanzgeschäfte formulirt sind, ist nur zu entnehmen, dass sie nicht in ihrer Totalität und nicht unbedingt für alle Käufe gelten sollen, nicht aber, dass die einzelnen oder selbst dass einzelne Rechtssätze lediglich bei der Beurtheilung von Distanzkäufen Anwendung finden sollen. Liegen die Voraussetzungen einer analogen Anwendung vor, so kann dieselbe nur durch das Gesetz selbst ausgeschlossen werden; die nicht in das Gesetz selbst übergegangene Ansicht derjenigen Personen, welche das Gesetzesmaterial vorbereitet

Art. 347. oder demselben die gesetzgeberische Sanction ertheilt haben, ist ohne Bedeutung. — Im vorliegenden Fall ist aber noch dazu die Annahme, dass die Conferenz bei Verwerfung des erwähnten Antrags, den Artikel auf Platzgeschäfte auszudehnen, den von einigen („anderen") Mitgliedern ausgesprochenen Grund zu dem ihrigen gemacht habe, eine völlig willkürliche, und zwar dies um so mehr, als dieser Grund selbst nicht zutreffend erscheint, dagegen eine andere Erklärung dieses Verfahrens viel näher liegt. Diese ist zu suchen in der Schwierigkeit einer präcisen Formulirung der auf Platzgeschäfte anzuwendenden Bestimmungen. Es war also gesetzgeberisch völlig correct gehandelt, den auszusprechenden Satz für denjenigen engeren Thatbestand, für welchen er sich genau formuliren lässt, auszusprechen und die analoge Ausdehnung der Rechtsprechung zu überlassen.

Auch aus den Verhandlungen in dritter Lesung geht nichts weiter hervor, als dass man der unzweifelhaft völlig richtigen Ansicht war, auch der vierte Absatz sei nur in Betreff solcher Waaren, welche von einem anderen Ort übersendet sind, zu formuliren, und dass man daher die Aufnahme des Worts „übersendeten" beschloss (Protok. S. 4584).

Ist somit die Möglichkeit einer analogen Ausdehnung der Bestimmung des Artikels im Allgemeinen nicht ausgeschlossen, so ist im Einzelnen zu untersuchen, welche dieser Bestimmungen und nach welcher Richtung dieselben eine solche Ausdehnung in der That zulassen. Vorher aber ist Folgendes zu bemerken.

§. 22. Zwar ist auch in dem Fall, wenn die Waare von auswärts übersendet wird, nicht ausgeschlossen, dass von den Parteien hinsichtlich der Untersuchung derselben ausdrückliche oder stillschweigende Verabredungen getroffen, und von dem Einzelnen Erklärungen abgegeben werden, welche die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen ausschliessen oder modificiren. Es ist aber sehr leicht von diesen Zufälligkeiten zu abstrahiren und der Thatbestand: „die Waare wird von auswärts ohne eine besondere Erklärung übersendet" sich zu denken, wie denn auch dieser Thatbestand im Leben sehr häufig in seiner Reinheit vorkommt. Der Thatbestand ist im Einzelnen folgender: der Käufer war wegen der örtlichen Entfernung nicht in der Lage, die Waare vor der Uebergabe zu untersuchen; er erhält diese Möglichkeit erst, nachdem die Waare ihm durch einen Dritten übergeben worden ist; der Verkäufer ist bei der Uebergabe nicht anwesend. Hierzu kommt noch die rechtliche Unstatthaftigkeit, die von auswärts übersendete Waare zurückzuweisen [27]).

[27]) Art. 348 Abs. 1 und Bemerkungen dazu, insbesondere §. 4.

Anders bei dem Platzgeschäft. Bei diesem ist es vor Allem völlig unbestimmt, ob und wie weit die Möglichkeit der Untersuchung der Waare durch den Käufer vor (oder bei) der Tradition vorlag, sowie ob und wie weit eine solche Untersuchung vorgenommen worden war oder hätte vorgenommen werden sollen. Ferner ist, was die Modalität des Traditionsacts selbst, das Verhalten der Parteien dabei und die denselben begleitenden Umstände betrifft, nicht nur eine grosse Reihe verschiedener Möglichkeiten gegeben, sondern es ist auch in manchen Beziehungen gar nicht möglich, von allen diesen verschiedenen Umständen zu abstrahiren. Die Frage, ob bei dem Platzgeschäft in der Annahme der Waare eine Billigung oder ein Verzicht auf Geltendmachung von Fehlern liege, lässt sich daher in dieser Allgemeinheit nicht beantworten. Dagegen kann hinsichtlich mancher anderen, ebenfalls in Art. 347 entschiedenen Frage von dem Begriff des Platzgeschäfts im Allgemeinen insofern ausgegangen werden, als in diesen Beziehungen die verschiedenen Modalitäten der Uebergabe und die begleitenden Umstände nur dann relevant werden, wenn in denselben gewisse nach einer bestimmten Richtung hin gegebene Erklärungen erkannt werden. **Art. 347.**

§. 23. Zerlegt man nun zum Zweck der Untersuchung der analogen Anwendbarkeit des Artikels diesen in die einzelnen in ihm enthaltenen Rechtssätze, so ergiebt sich aus dem Vorstehenden, dass

1) der eine der in Absatz 1 und 2 enthaltenen Sätze, also lautend: „Der Käufer kann nach Annahme der übersendeten Waare die Mängel derselben geltend machen, insbesondere auch diejenigen Mängel, welche bei ordnungsmässiger Untersuchung erkennbar sind" — auf das Platzgeschäft im Allgemeinen nicht analog angewendet werden kann. Derselbe beruht oder, was für die vorliegende Untersuchung genügt, kann wenigstens beruhen auf der Besonderheit des Thatbestands des Distanzgeschäfts, darauf also, dass der Käufer weder in der Lage war, die Waare vor der Uebernahme zu untersuchen, noch dem Verkäufer bei der Uebernahme eine Erklärung abgeben konnte, noch die Waare zurückweisen durfte. — Dagegen ist aus dem erwähnten Satz auch nicht etwa ein argumentum a contrario zu entnehmen. Es liegt, was das Recht des Gesetzbuchs betrifft, hier eine offene Frage vor.

§ 24. 2) Der Artikel spricht mit obigem Satz (Nro. 1) zugleich folgenden Satz aus: „Mängel, welche bei ordnungsmässiger Untersuchung erkennbar sind, kann der Käufer nicht geltend machen, wenn er dieselben nicht spätestens nach Ablauf einer gewissen kurzen Frist nach der Ueber-

Art. 347. gabe [28]) dem Verkäufer anzeigt." Dieser Satz kann seinen Grund nicht in der Besonderheit des Distanzgeschäfts im Gegensatz zum Platzgeschäft haben. Er muss also der Ausdruck eines Princips sein, dessen Voraussetzung nicht die eine besondere Art der Erfüllung des Kaufs ist, die Beschränkung der Formulirung desselben für diese ist daher eine Zufälligkeit, die analoge Ausdehnung des formulirten Satzes auf die andere Art der Erfüllung erscheint mithin als gerechtfertigt. Die analoge Ausdehnung ergiebt folgenden Satz: „Bei Platzgeschäften kann der Käufer einen bei ordnungsmässiger Untersuchung erkennbaren Mangel jedenfalls [29]) nur dann geltend machen, wenn er denselben innerhalb der Frist dem Verkäufer anzeigt, innerhalb welcher er, wenn ihm die Waare von auswärts übersandt worden wäre, diese Anzeige hätte machen müssen."

§. 25. 3) „Werden Mängel, welche bei einer Untersuchung der Waare nach ordnungsmässigem Geschäftsgang nicht erkennbar sind, vom Käufer nicht erkannt, so erstreckt sich die stillschweigende Genehmigung der Waare nicht auf diese Mängel." Der analogen Anwendung dieses Satzes auf Platzgeschäfte würde insofern ein Bedenken nicht entgegenstehen, als man im letzteren Fall dem Käufer, sei es dass er die Untersuchung vor oder nach der Uebernahme vorzunehmen hat, keine eingehendere Untersuchung zur Pflicht machen kann, als ihm für den Fall der Zusendung der Waare von auswärts vorgeschrieben ist. Und in der That ist aus diesem Grunde die analoge Anwendbarkeit des Satzes in thesi zu statuiren.' Dagegen wird im einzelnen Fall mit der grössten Vorsicht verfahren werden müssen, weil bei Erfüllung des Platzgeschäfts ein stillschweigender, aus den Umständen (voraufgehenden, begleitenden oder nachfolgenden) erkennbarer Verzicht auf die Geltendmachung der heimlichen Mängel weit leichter vorkommen kann, als im Fall der Uebersendung der Waare. Einfaches (d. h. nicht durch dazu kommende Umstände interpretirtes) Stillschweigen (Unterlassen eines Vorbehalts) präjudicirt dem Käufer nicht.

§. 26. 4) Der in Absatz 3 ausgesprochene Rechtssatz findet aus den oben unter Nro. 2 entwickelten Gründen analoge Anwendung auf Platzgeschäfte.

[28]) S. das Nähere darüber oben in den Bemerkungen zu Abs. 1 u. 2.

[29]) D. h. wenn sie überhaupt noch geltend zu machen waren. — Selbstverständlich ist, dass wenn der Verkäufer dem Käufer eine längere Frist zur Untersuchung der Waare und Anzeige der Mängel gewährt, bez. wenn dies aus den besonderen Umständen hervorgeht, der obige Satz nicht zur Anwendung kommt. Dies gilt aber ebenfalls dann, wenn die Waare übersendet wird.

5) Der in Absatz 4 ausgesprochene negative Satz [30]) findet seinem Inhalt nach gleiche Anwendung auf beide Arten der Uebertragung. Das Nämliche gilt von den in §. 17 ff. behandelten Sätzen. **Art. 347.**

Art. 348.

Wenn der Käufer die von einem anderen Orte übersendete Waare beanstandet, so ist er verpflichtet, für die einstweilige Aufbewahrung derselben zu sorgen. **Art. 348.**

Er kann, wenn sich bei der Ablieferung oder später Mängel ergeben, den Zustand der Waare durch Sachverständige feststellen lassen. Der Verkäufer ist in gleicher Weise berechtigt, diese Feststellung zu verlangen, wenn ihm der Käufer die Anzeige gemacht hat, dass er die Waare wegen Mängel beanstande.

Die Sachverständigen ernennt auf Antrag des Betheiligten das Handelsgericht oder in dessen Ermangelung der Richter des Orts.

Die Sachverständigen haben das Gutachten schriftlich oder zu Protokoll zu erstatten.

Ist die Waare dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge, so kann der Käufer die Waare unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343 verkaufen lassen.

Preuss. Entwurf Art. 264, Abs. 4. 5. Art. 265. — Entwurf I. Lesung Art. 291. — Entwurf II. Lesung Art. 325.

Protok. S. 653 bis 656. 657. — 1384. 1389. — 5079.

§. 1. **Absatz 1.** Auch wenn der Käufer die Waare, d. h. die vom Käufer als Object der Erfüllung des abgeschlossenen Kaufs bezeichnete Sache, bei der Ablieferung für nicht empfangbar erkennt, so ist er doch nicht berechtigt, die Uebernahme derselben zu verweigern. Ebensowenig darf er, wenn er die Nichtempfangbarkeit nach der Uebernahme entdeckt, sich der Waare entschlagen. Die Motive zum preussischen Entwurf Seite 142 sagen: „Die hier dem Käufer auferlegte Verpflichtung zur einstweiligen Aufbewahrung des von auswärts übersendeten und beanstandeten Guts ist durch den Handelsgebrauch eingeführt, welchem die nothwendige

[30]) Vergl. die Bemerkungen dazu in §. 15 und 16.

Art. 348. Rücksicht zu Grunde liegt, welche der Kaufmann gegen seine entfernten Geschäftsfreunde zu nehmen hat."

§. 2. Die Aufbewahrungspflicht ist eine unbedingte. Ein Antrag, dieselbe an die Voraussetzungen des Art. 323 zu binden, wurde verworfen. Man bemerkte: „Man könne den vorliegenden Fall um so weniger dem des Art. 240 (des preussischen Entwurfs, Art. 323 des Gesetzbuchs) gleichstellen, als zu der hier in Frage stehenden Waarensendung nicht ein einseitiger Entschluss des Absenders, sondern ein förmlicher Vertrag Anlass gegeben habe." (Protokolle S. 657.) Die Härte, welche man in der Bestimmung, dass der Käufer für den Verkäufer in Vorschuss gehen müsse, finden könnte, wird dadurch gemildert, dass die Sorge nur auf einstweilige Aufbewahrung geht, und in den meisten Fällen dadurch beseitigt, dass der Käufer dafür an der Waare ein Retentionsrecht (nicht bloss das kaufmännische unter den Voraussetzungen des Art. 313) hat, und dass ihm für den Fall, wenn dasselbe wegen leichter Verderblichkeit der Waare keine Sicherheit bietet, durch Absatz 5 das Verkaufsrecht eingeräumt ist.

§. 3. Der Käufer handelt als durch das Gesetz gerufener Vertreter des Verkäufers in dessen Interesse und für dessen Rechnung. Er kann daneben auch als negotiorum gestor im technischen Sinn, als ungerufener Vertreter Handlungen vornehmen, z. B. die Waare verkaufen, obgleich die Voraussetzungen des Absatz 5 nicht vorliegen. In diesem Fall sind hinsichtlich der Verpflichtung des Verkäufers, die gethanen Schritte zu ratihabiren, lediglich die allgemeinen Grundsätze über negotiorum gestio massgebend.

§. 4. **Beanstandet,** d. h. für nicht empfangbar erklärt.

Verpflichtet. Eine Berechtigung des Käufers ist nicht vorhanden. Er muss daher jedenfalls auch die eventuell ertheilte Anweisung des Verkäufers befolgen. Er kann jedoch möglicherweise berechtigt sein, die Waare zu retiniren wegen einer Forderung an den Verkäufer, ja selbst wegen der auf vertragsmässige Erfüllung gerichteten Forderung.

Die von einem anderen Ort übersendete Waare. Der Grund, warum dem Käufer die Sorge für die Aufbewahrung auferlegt wird, ist der, dass der Verkäufer selbst nicht in der Lage ist, diese Sorge vorzunehmen. Eine analoge Ausdehnung dieser Bestimmung ist daher nicht zulässig.

§. 5. **Für die Aufbewahrung zu sorgen.** Der Käufer kann die Waare selbst aufbewahren und hat in diesem Fall unter den Voraussetzungen des Art. 290 Anspruch auf Lagergeld nach den am Ort gewöhnlichen Sätzen und auf Ersatz der durch die Aufbewahrung veranlassten Auslagen

und Verwendungen nebst Zinsen davon. Ist er nicht Kaufmann, so kann er nur den Ersatz des durch die Aufbewahrung erlittenen Schadens und der dadurch veranlassten Auslagen und Verwendungen fordern. Der Käufer kann aber auch jederzeit, auch wenn er in der Lage gewesen wäre, die Waare selbst aufzubewahren, dieselbe einem Anderen zur Aufbewahrung übergeben und haftet dabei für culpa in eligendo, sowie für Verschulden beim Abschluss des Aufbewahrungsvertrags [1]). Es kann unter Umständen als eine genügende Sorge für die Aufbewahrung erscheinen, dass der Käufer die Waare in dem Güterschuppen der Eisenbahn liegen lässt, ohne einen besonderen Hinterlegungsvertrag zu schliessen, ja dieses Verfahren kann als das dem Interesse des Verkäufers am besten entsprechende (weil vielleicht das wohlfeilste) erscheinen. Aus denselben Gründen kann es gerechtfertigt sein, dass der Käufer die Waare sofort an den Verkäukäufer zurück oder an einen anderen Ort schickt, um dieselbe dort aufbewahren zu lassen. **Art. 348.**

Aufbewahrung. In der Sorge für die Aufbewahrung ist zugleich die Sorge für die gehörige Behandlung der Waare enthalten, z. B. das Auspacken und Trocknen der nass gewordenen Waare, das Bearbeiten des Getreides u. s. w.

Einstweilige. Die Verpflichtung des Käufers währt nur so lange, als der Verkäufer nicht selbst im Stande ist, für die Waare zu sorgen. Versäumt es der Verkäufer, nachdem er von der Sachlage unterrichtet worden, die nöthigen Schritte zu thun, so ist der Käufer seiner Verpflichtung entbunden. Ob der Verkäufer, bez. von wann an er im Stande ist, selbst für die Waaren zu sorgen, ist quaestio facti. Es ist z. B. möglich, dass der Käufer seiner Sorge dadurch noch nicht entbunden ist, dass er den zufällig am Ort anwesenden Verkäufer von der Sachlage in Kenntniss gesetzt hat. Für die Beurtheilung, wie weit eine Notification an einen am Ort anwesenden sonstigen Vertreter des Verkäufers für unsere Frage von Bedeutung ist, wird nicht nur der Umfang der allgemeinen oder der nur das fragliche Geschäft betreffenden Vollmacht des Vertreters, sondern auch seine eigene Erklärung auf die erhaltene Notification wichtig.

Absatz 2 bis 4. Ist die Waare beanstandet, so hat jede der Parteien ein Interesse daran, sich Beweismittel zu verschaffen, durch welche sie bei einem eventuellen Process den Zustand der Waare zur kritischen Zeit beweisen kann. Sie kann zu diesem Zweck sachverständige Personen veranlassen, die Untersuchung der Waare vorzunehmen, um sich später der- §. 6.

[1]) Z. B. er hat den Inhalt der Colli nicht gehörig angegeben, und die Waare ist in Folge davon beschädigt worden oder zu Grunde gegangen.

Art. 348. selben als Zeugen zu bedienen. Das Gesetz lässt die Möglichkeit, auf diese Weise für den Beweis zu sorgen, unberührt; es giebt aber den Parteien ein Mittel an die Hand, den beabsichtigten Zweck in noch wirksamerer Weise zu erreichen. Sind die Personen, welche die Waare untersuchen sollen, von der Partei selbst zugezogen, so kann gerade aus diesem Grunde ihre Unbefangenheit leicht angefochten werden. Dieser Einwand kann dadurch beseitigt werden, dass nicht die Partei selbst, sondern auf deren Antrag das Gericht die betreffenden Personen ernennt. Dass das Gericht verpflichtet ist, dem deshalb gestellten einseitigen Antrag zu deferiren, ist der eine in den betreffenden Bestimmungen enthaltene Rechtssatz.

§. 7. Ferner ist die Partei, welche eine Person zur Untersuchung der Waare veranlasst hat, nicht sicher, ob sie im Stande ist, dieselbe eventuell als Zeugen zu produciren, bez. ob dieselbe sich ihrer Wahrnehmungen noch in bestimmter Weise erinnert, und demgemäss aussagt. Das Gesetz gewährt auch hier eine Hülfe durch die Bestimmung in Absatz 4. Diese hat jedenfalls die Bedeutung, dass das schriftlich erstattete oder zu Protokoll erklärte Gutachten dieselbe Beweiskraft haben soll, wie die Aussage der betreffenden Personen, wenn sie im Lauf des Processes vernommen würden [2]). Dies ist der zweite Rechtssatz.

Mehr als diese beiden Rechtssätze ist in der betreffenden Bestimmung nicht ausgesprochen; mehr liess sich wohl auch bei der in den Ländern, für welche das Handelsgesetzbuch bestimmt ist, auf dem Gebiete des Processes herrschenden Verschiedenheit nicht aussprechen, und durch die beiden Rechtssätze dürfte auch dem Bedürfniss genügt sein. Die Bestimmungen der Absätze 2 bis 4 sind in das einzelne Processrecht einzuarbeiten, und es ist dabei insbesondere zu untersuchen, wie weit die über Sachverständige geltenden Grundsätze directe oder analoge Anwendung auf die vom Gesetzbuch als Sachverständige bezeichneten Personen finden.

§. 8. Eine analoge Ausdehung der Bestimmungen der Absätze 2 bis 4 auf Käufe, bei welchen die Erfüllung nicht durch Zusendung von einem anderen Ort geschah, ist, was die später entdeckten Mängel betrifft, allgemein zulässig. (Siehe Bemerkungen zu Art. 347 §. 25.) Man ist auch berechtigt, noch weiter zu gehen und anzunehmen, dass das Gesetz eine dem Verkäufer und Käufer allgemein zustehende Befugniss, bei Beanstandung der Waare in wirksamer Weise für den Beweis zu sorgen,

[2]) Natürlich ist vorausgesetzt, dass der beeidigten Aussage das Gutachten nur dann gleichgestellt werden kann, wenn der Sachverständige (vor oder nach Abgabe desselben) vereidigt worden ist.

hat aussprechen wollen, und dass die Formulirung für von einem andern Ort übersendete Waaren nur eine zufällige ist. Ganz dasselbe Interesse, welches die Parteien hinsichtlich der Feststellung des Zustandes der übersendeten Waaren haben, besteht, wenn z. B. der Käufer, welchem die bisher an demselben Ort gelagerte Waare überbracht wird, damit er sie bei sich untersuche, dieselbe beanstandet, der Verkäufer sich aber weigert, sie zurückzunehmen, oder wenn der Käufer die zur Tradition offerirten Waaren wegen nichtvertragsmässiger Beschaffenheit nicht annehmen will. **Art. 348.**

Das Handelsgericht oder in dessen Ermangelung der Richter des Orts. Welches Gericht bei Verhandlung und Entscheidung des eventuellen Rechtsstreites über die Frage der Vertragsmässigkeit zu erkennen haben werde, steht in der Zeit, zu welcher die Feststellung des Zustandes der Waaren vorzunehmen ist, meistens noch nicht fest, sowohl deswegen, weil es ungewiss ist, welche Partei als Kläger auftreten werde, als auch, weil die für die Competenz des einen oder andern Gerichtes massgebende Höhe des Werthes des Streitobjectes noch nicht erkennbar ist. Als competent zur Ernennung der Sachverständigen kann daher nur das Gericht, in dessen Sprengel die Waare sich befindet, erscheinen. Gehört nun der Ort, in welchem die Waare sich befindet, in den Sprengel eines Handelsgerichts, so ist dieses ausschliesslich competent. Ist dies nicht der Fall und bestehen für diesen Ort zwei verschiedene „gewöhnliche Gerichte" erster Instanz, deren Competenz durch die Höhe des Werthes des Streitobjectes bestimmt wird, z. B. Kreisgericht und Einzelrichter oder Deputation, so fehlt es an einer Bestimmung über die Competenz; es bleibt also nichts übrig, als beide für competent anzusehen zur Ernennung von Sachverständigen. Der Ansicht Makower's, dass wenn an dem Ort [3]) ein Einzelrichter und ein Collegial-Gericht sich befindet, je nach dem Werth der Waare bald jener, bald dieses anzugehen sei, kann ich deswegen nicht beitreten, weil der Werth der Waare nicht nothwendig für die Competenz im eventuellen Rechtsstreit massgebend ist. §. 9.

[3]) In dem Fall, wenn an dem betreffenden Ort nur ein Einzelrichter vorhanden ist, erkennt Makower denselben zur Verfügung auf den Antrag auch dann für befugt, wenn der zu untersuchende Gegenstand seinem Werth nach die sonst dem Einzelrichter gezogenen Grenzen übersteigt. — Dies scheint darauf zu deuten, dass Makower in diesem Fall den Einzelrichter für den ausschliesslichen „Richter des Orts" hält. Möglich, ja sogar wahrscheinlich, dass dies die Ansicht des Verfassers des preussischen Entwurfs, sowie eines Theils der Nürnberger Conferenzmitglieder war, ja möglich sogar, dass das am Ort befindliche Gericht auch dann für competent erklärt werden sollte, wenn der Ort zwar zum Sprengel eines Handelsgerichts gehört, dieses aber nicht an diesem Ort selbst befindlich ist. Leider aber ist keine dieser gewiss sehr zweckmässigen Bestimmungen im Gesetz ausgesprochen.

Art. 348. §. 10. **Absatz 5.** Die Bestimmung dieses Absatzes ist nach zwei verschiedenen Richtungen ins Auge zu fassen.

1) Wenn die dem Käufer übersendete und von diesem beanstandete Waare dem Verderben ausgesetzt und Gefahr vorhanden ist, dass wenn der Käufer von dem Verkäufer Verhaltungsmassregeln einholen wollte, das Verderben vor Empfang derselben eintreten werde, so wird hierin regelmässig eine gerechtfertigte Veranlassung für den Käufer liegen, die Waare als negotiorum gestor des Verkäufers zu verkaufen, und der Verkäufer wird, wenn der Käufer dabei sein Interesse gehörig gewahrt hat, den erfolgten Verkauf anerkennen müssen. Absatz 5 spricht nun aus, dass, sobald die angegebenen Voraussetzungen vorliegen, der Käufer immer befugt sei, zum Verkauf zu schreiten, mit der Massgabe, dass er die Waare öffentlich, bez. wenn sie einen Börsenpreis oder Marktpreis hat, auch nicht öffentlich aber durch einen Handelsmäkler oder durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten zum laufenden Preis zu verkaufen habe. Damit ist dem Käufer eine Sicherheit gegeben, dass er, wenn er in der bestimmten Weise verfährt, einer Schadensklage nicht ausgesetzt ist. Daneben ist er unter dem Präjudiz der Verpflichtung zum Schadensersatz verpflichtet, den Verkäufer von der Vollziehung des Verkaufs, soweit thunlich, sofort zu benachrichtigen (Art. 243, Absatz 3). Nicht aber ist durch die Bestimmung etwa ausgeschlossen, dass er auch in anderer Weise das Interesse des Verkäufers wahre, z. B. durch einen nicht öffentlichen und ohne Zuziehung eines Handelsmäklers abgeschlossenen Verkauf. Bei Beurtheilung einer solchen Handlungsweise kommen die Grundsätze über negotiorum gestio in ihrem vollen Umfang zur Anwendung.

2) Dem dritten Erwerber gegenüber erscheint der Käufer, welcher den Verkauf unter den angegebenen Voraussetzungen und unter Einhaltung des vorgeschriebenen Verfahrens vornimmt, als gesetzlicher Bevollmächtigter des Verkäufers; der Dritte erwirbt daher sofort das Eigenthum der verkauften Sache [4]).

Gefahr im Verzug. Siehe oben Art. 343.

§. 11. Es ist kein Grund vorhanden anzunehmen, die Bestimmung sei im Interesse des Käufers und nur in diesem gegeben. Allerdings kann der Käufer von der gegebenen Verkaufsbefugniss auch im eigenen Interesse Gebrauch machen, d. h. er verkauft, um nicht genöthigt zu sein, die Waare, welche ihm ihrer Beschaffenheit nach für die Zukunft keine

[4]) Art. 306 würde den dritten Erwerber nur dann schützen, wenn der verkaufende Käufer Kaufmann ist, wenn derselbe die Waare für sein Eigenthum ausgegeben und der Dritte diese Angabe für wahr gehalten hat.

Deckung für seine durch die Aufbewahrung verursachten Kosten gewährt, aufzubewahren oder länger aufzubewahren. Aber dies ist nicht das einzige Motiv, welches ihn zum Verkauf veranlassen kann. Näher liegt es, die Sorge für das Interesse des Verkäufers, der selbst nicht in der Lage ist, dasselbe zu wahren, als das Motiv der Bestimmung anzunehmen. Es ist deshalb auch nicht zulässig, die Anwendung der Bestimmung auf die Fälle, in welchen der Käufer sein Interesse wahrt, zu beschränken, also z. B. dieselbe auszuschliessen, wenn der Käufer anderweit gedeckt ist. Ja, es dürfte sogar anzunehmen sein, dass, wenn der Käufer seinen Entschluss, die Waare zu verkaufen, äusserlich documentirt hat, sein Verfahren, soweit das Gesetz keine Bestimmungen enthält, ganz nach den Grundsätzen über negotiorum gestio zu beurtheilen ist. Er darf sich also z. B. nicht darauf beschränken, nur soviel von den Waaren zu verkaufen, als zu seiner Deckung erforderlich ist, sondern muss soviel verkaufen, als er vortheilhaft verwerthen kann. **Art. 348.**

Zu der vorliegenden Bestimmung ausser aller Beziehung steht das qualificirte Retentionsrecht des Käufers, soweit dies nach den Artikeln 313 ff. begründet ist.

Art. 349.

Der Mangel der vertragsmässigen oder gesetzmässigen Beschaffenheit der Waare kann von dem Käufer nicht geltend gemacht werden, wenn derselbe erst nach Ablauf von sechs Monaten seit der Ablieferung an den Käufer entdeckt worden ist. **Art. 349.**

Die Klagen gegen den Verkäufer wegen Mängel verjähren in sechs Monaten nach der Ablieferung an den Käufer.

Die Einreden sind erloschen, wenn die im Art. 347 vorgeschriebene sofortige Absendung der Anzeige des Mangels nicht innerhalb sechs Monaten nach der Ablieferung an den Käufer geschehen ist. Ist die Anzeige in dieser Weise erfolgt, so bleiben die Einreden bestehen.

An den besonderen Gesetzen oder Handelsgebräuchen, durch welche für einzelne Arten von Gegenständen eine kürzere Frist bestimmt ist, wird hierdurch nichts geändert.

Ist die Haftbarkeit des Verkäufers auf eine kürzere oder längere Frist vertragsmässig festgesetzt, so hat es hiebei sein Bewenden.

Art. 349. Preuss. Entwurf Art. 266. — Entwurf I. Lesung Art. 292. — Entwurf II. Lesung Art. 326.

Protok. S. 659 bis 666. — 1390 bis 1393. — 4585.

§. 1. Der preussische Entwurf Art. 266, mit welchem der Entwurf erster Lesung Art. 392, soweit es sich um die vorliegende Frage handelt, übereinstimmt, lautet:

„Alle Klagen gegen den Verkäufer wegen Mängel der Waare verjähren in sechs Monaten nach der Uebergabe, sofern nicht durch besondere Gesetze oder durch Handelsgebrauch eine kürzere Frist bestimmt ist.

Dasselbe gilt von den Einreden, wenn nicht die Anzeige des Mangels an den Verkäufer innerhalb sechs Monaten nach der Uebergabe erfolgt ist."

Die Motive dazu sagen (S. 143): „Der zweite Satz dieses Artikels bezieht sich auf die im Civilrecht nicht unbestrittene Frage, ob mit der Klage auch die Einrede verjährt." — — „Im Entwurf ist vorgeschrieben worden, dass die Einrede der Mangelhaftigkeit der Waare nur in dem Fall durch Ablauf der Verjährungsfrist verloren geht, wenn der Käufer innerhalb derselben dem Verkäufer von dem Vorhandensein eines Mangels keine Anzeige gemacht hat."

§. 2. In erster Lesung war der Antrag gestellt worden, statt des zweiten Artikels zu setzen: „Mit der Klage verjährt auch die Einrede." „Der Antragsteller beabsichtigte hierdurch auszusprechen, dass die Einreden nur dann als verjährt angesehen werden sollten, wenn und soweit die denselben zu Grunde liegenden Thatsachen auch durch eine Klage geltend gemacht werden könnten." Hierauf wurde entgegnet: „Um die Einreden zu wahren, habe der Entwurf die Anzeige des betreffenden Mangels vorgeschrieben und alle Einreden ohne Unterschied für fortdauernd erklärt, sobald diese Anzeige geschehen sei, da man den Käufer nie zur Klagestellung, selbst nicht zu einer provocatio ex lege si contendat, die immerhin eine Belästigung enthalte, zwingen wolle, und da die Unterscheidung zwischen den Einreden, deren Gegenstand durch eine Klage geltend gemacht werden könne, und denen, bei welchen dies nicht der Fall sei, zu grossen Schwierigkeiten Anlass biete." Dieser Antrag und ein anderer, der die Verjährung aller Einreden bezweckte, wurde mit grosser Majorität verworfen und der preussische Entwurf, soweit er die vorliegende Fassung betrifft, unverändert angenommen. (Protokolle S. 664; vgl. Art. 392 des Entwurfs erster Lesung.)

In zweiter Lesung wurde vorgebracht: „Die Bestimmung in Absatz 3 des Art. 290 (des Entwurfs erster Lesung, gleich Art. 347, Abs. 3 des Gesetzes) „„ergeben sich später solche Mängel, so muss die Anzeige ohne Verzug nach der Entdeckung gemacht werden, widrigenfalls die Waare als empfangen und genehmigt gilt““ finde nach der unzweifelhaften Intention des Gesetzes ihre nothwendige Begrenzung in dem nicht, resp. nicht klar ausgesprochenen Gedanken, dass wegen der erst nach sechs Monaten seit der Ablieferung vorgefundenen Mängel weder eine Klage noch eine Einrede gestattet sei, soweit nicht etwa ein Betrug in der Mitte liege. Ein Bedürfniss, jenen Gedanken bestimmt auszusprechen, liege in Bezug auf die Klagen gegen den Verkäufer nicht vor, weil nach der Bestimmung in Absatz 1 des Artikels 292 die Verjährungsfrist mit derjenigen Frist zusammenfalle, innerhalb welcher die Mängel der Klage entdeckt sein müssten, wenn auf Grund derselben dem Käufer überhaupt ein Anspruch gegeben sein solle. Dagegen sei es in Bezug auf die Einreden unumgänglich nöthig, der gedachten Intention des Gesetzes einen Ausdruck zu geben, und dies solle in Art. 292, Absatz 2 durch die Worte geschehen, „„wenn nicht die Anzeige des Mangels an den Verkäufer innerhalb sechs Monaten nach der Ablieferung abgesendet worden ist.““ Da aber zu bezweifeln sei, dass man den Satz richtig verstehen werde, und vielmehr zu befürchten sei, dass man einen Widerspruch zwischen ihm und Art. 290 (Art. 347 des Gesetzes) finden werde, so wurde der Redactionscommission anheim gegeben, den Artikel so zu fassen: Art. 349. §. 3.

„Mängel der Waare, welche erst nach sechs Monaten seit der Ablieferung entdeckt sind, können weder mittelst Klage, noch mittelst Einrede geltend gemacht werden.“

„Die Klagen gegen den Verkäufer wegen Mängel der Waare verjähren in sechs Monaten nach der Ablieferung an den Käufer, sofern nicht durch besondere Gesetze oder durch Handelsgebrauch für einzelne Arten von Gegenständen eine kürzere Frist bestimmt ist.“

„Zur Erhaltung der Einreden genügt die in Art. 290 vorgeschriebene unverzügliche Anzeige an den Verkäufer.“

Den angeführten Ansichten, sowie dem gemachten Vorschlag wurde nicht widersprochen, indess kein Beschluss gefasst (Protokolle S. 1391 bis 1393). Die Redactionscommission ging jedoch auf den Vorschlag ein und legte in der 173. Sitzung eine neue Fassung vor. Diese wurde von der Versammlung angenommen, dabei jedoch deren drittem Absatz der in der Vorlage fehlende zweite Satz: „ist die Anzeige in dieser Weise er-

Art. 349. folgt, so bleiben die Einreden bestehen", aus dem unten (§. 7) anzugebenden Grund hinzugefügt [1]).

§. 4. **Absatz 1. Geltend gemacht werden,** d. h. überhaupt gerichtlich geltend gemacht werden, sei es durch Klage oder Einrede.

Darüber, welche Rechtsmittel der Käufer zur Geltendmachung des Mangels der vertragsmässigen oder gesetzmässigen Beschaffenheit der Waare habe, enthält das Gesetzbuch keine Bestimmung; es ist mithin das sonstige Recht massgebend. Darüber, ob in der Disponirung über die Waare ein Verzicht auf Geltendmachung der Mängel enthalten ist, siehe Bemerkungen zu Art. 347, §. 12.

§. 5. **Entdeckt.** Der Satz ist in der negativen Fassung ganz richtig formulirt. Nicht genau aber würde die Formulirung sein, wenn man den Satz positiv so fassen wollte: „Voraussetzung der Geltendmachung des Mangels der vertragsmässigen oder gesetzmässigen Beschaffenheit der Waare ist Entdeckung desselben innerhalb sechs Monaten". Denn nicht die Entdeckung innerhalb dieses Zeitraumes genügt, sondern auch die in Art. 347 vorgeschriebene ohne Verzug nach der Entdeckung vorzunehmende Anzeige muss noch in diese Zeit fallen [2]). Betreffs der Geltendmachung durch Einreden ist dies ausdrücklich ausgesprochen in Absatz 3. Für die Geltendmachung durch Klage folgt es aus Absatz 2.

§. 6. **Absatz 2.** Diese Bestimmung hat, da aus einem erst nach sechs Monaten angezeigten Mangel nach Absatz 1 nicht geklagt werden kann, ihre praktische Bedeutung für den Fall, dass der Mangel innerhalb dieser Frist entdeckt und angezeigt worden war. Auch in dem Fall, wenn der Käufer auf Erfüllung klagt und gegen den Einwand des Beklagten, dass er erfüllt habe, replicando sich auf nicht vertragsmässige Beschaffenheit der gelieferten Waare bezieht, ist Absatz 2 entscheidend, denn die letztere Beziehung erscheint nunmehr nicht als eigentliche Replik, sondern als Klagegrund.

§. 7. **Absatz 3. Einreden.** Der erste Satz spricht den allgemeinen Grundsatz, dass zur Geltendmachung der nichtvertragsmässigen Beschaffenheit die Anzeige des Mangels innerhalb sechs Monaten von der Ablieferung an geschehen sein müsse, in seiner Anwendung auf Einreden aus. Dennoch bliebe es aber immer noch dahingestellt, ob die Bestimmung des

[1]) Ich entnehme dies Letztere meinen Privataufzeichnungen. Zufolge des Beschlusses der Conferenz, über Redactionsveränderungen in den Protokollen nichts aufzunehmen, enthalten diese hierüber leider keine Angabe (S. 1459 f.).

[2]) Diese Anzeige kann unter Umständen in demselben Act, in welchem der Mangel gerichtlich geltend gemacht wird, vorgenommen werden; im gewöhnlichen Lauf der Geschäfte wird jedoch eine derartige Anzeige regelmässig als verspätet erscheinen.

Absatz 2 über Klageverjährung auch einen Einfluss auf die Geltendmachung durch Einreden haben solle oder nicht, d. h. ob die Einreden, deren Gegenstand durch Klage geltend gemacht werden kann, ebenfalls innerhalb sechs Monaten verjähren oder nicht. Der zweite Satz soll der Absicht der Nürnberger Conferenz nach diese Controverse für den vorliegenden Fall nach der Richtung entscheiden, dass die Verjährung der Klage das Geltendmachen eines Mangels im Weg der Einrede in keiner Weise berühre [3]), und meiner Ansicht nach ist diese Absicht durch Annahme dieses Satzes erreicht, wenn ich gleich nicht in Abrede stellen kann, dass die Formulirung desselben genauer sein könnte. Sonach wäre anzunehmen, dass die nichtvertragsmässige und sonst fehlerhafte Beschaffenheit der Waare, sobald der Mangel in der dem Art. 347 entsprechenden Weise binnen sechs Monaten nach der Ablieferung angezeigt ist, einredeweise ohne Beschränkung durch irgend welchen Zeitablauf geltend gemacht werden könne. Art. 349.

Absendung. Es genügt, dass der Käufer innerhalb der sechsmonatlichen Frist das von seiner Seite Erforderliche gethan hat, damit die Anzeige an den Verkäufer gelange; dass sie auch innerhalb dieser Frist wirklich an den Verkäufer gelangt sei, ist nicht erforderlich. Vergleiche Art. 321 und Bemerkungen zu diesem Artikel §. 2. §. 8.

Absatz 4. Es erschien dem Interesse des Verkäufers entsprechend [4]), die schon bestehenden kürzeren Fristen nicht aufzuheben. Da die betreffenden Bestimmungen, soweit sie sich auf einzelne Arten von Gegenständen beziehen, als leges speciales erscheinen, so bedurfte es streng genommen keiner besonderen Bestimmung, um dies zu erreichen, wie denn auch Absatz 4, wenigstens nach der Fassung des Gesetzes, als Formuli- §. 9.

[3]) S. o. §. 3.

[4]) Die Motive zum preussischen Entwurf (S. 143) sprechen sich so aus: „Dem Zweck der Bestimmung, den Verkäufer baldmöglichst gegen Ansprüche wegen Mangelhaftigkeit der Waare sicherzustellen, entspricht es zugleich, dass die etwa durch Gesetz oder Handelsgebrauch eingeführten kürzeren Verjährungsfristen aufrecht erhalten bleiben; namentlich beim Viehhandel, auf Märkten u. s. w. sind nicht selten derartige kürzere Fristen gebräuchlich, deren Anerkennung im Interesse des Verkehrs liegt.“ In erster Lesung wurde Folgendes vorgebracht: „Die im Entwurf gesetzte Frist sei nicht durch innere Gründe ihrer Dauer nach bestimmt, sondern mehr willkürlich auf sechs Monate festgesetzt, weil man von der Ansicht ausgegangen sei, dass sie mit Rücksicht auf die jetzt bestehenden Verkehrsmittel gross genug sein würde, um für alle einschlagenden Fälle auszureichen. Nun gebe es aber einzelne Waaren, für welche eine sechsmonatliche Frist bei weitem zu gross sei, Waaren, die in dieser Frist einer solchen Veränderung unterworfen seien, dass man sie gegen Ende derselben kaum mehr erkennen, geschweige denjenigen Zustand beurtheilen könne, in welchem dieselben geliefert worden seien. Für solche Fälle müsse eine viel kürzere Frist bestimmt werden und dies könne, wenn man nicht in eine ganz unstatthafte Casuistik verfallen wolle, nur durch Vorbehalt der betreffenden Handelsgebräuche geschehen“ (Protokolle S. 663).

Art. 349. rung des Grundsatzes: lex generalis posterior non derogat legi speciali priori, erscheint. Diese Fassung kann auch von Bedeutung sein bei der Untersuchung der Frage, wie weit andere Bestimmungen solcher Gesetze, welche kürzere als sechsmonatliche Fristen festsetzen, gegenüber entgegenstehenden Bestimmungen des Gesetzbuchs aufrecht zu erhalten sind [5]). Die Beschränkung der Bestimmung auf besondere Gesetze und Handelsgebräuche und einzelne Arten von Gegentsänden stehen auch dem Versuch im Wege, den etwa bisher particularrechtlich bestandenen Ausschluss jeder nachträglichen Geltendmachung von Mängeln mit Hülfe dieser Bestimmung aufrecht zu erhalten.

§. 10. **Frist** begreift sowohl die Frist, innerhalb welcher die Entdeckung, bez. Anzeige des Mangels erfolgt sein muss (Absatz 1), als auch die Verjährungsfrist des Absatz 2.

Bestimmt ist. Nur solche Rechtssätze kommen in Frage, welche bei Erlass des Handelsgesetzbuchs bereits in Geltung waren, nicht aber enthält der Artikel eine Ausnahme von dem in Art. 1 enthaltenen Grundsatz, dass neuere Gewohnheitsrechtssätze den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs nicht derogiren (siehe Bemerkungen zu Art. 1. §. 6).

§. 11. **Absatz 5** enthält eine Anerkennung der Vertragsfreiheit, welche bei der ursprünglichen Fassung des preussischen Entwurfs, der nur von Verjährung sprach (siehe o. §. 1), zur Beseitigung möglicher Zweifel erforderlich schien. Nach der jetzigen Fassung bezieht sich Absatz 5 auf Absatz 1, bez. Absatz 3, denn nur diese handeln von der „Haftbarkeit“. Insofern erscheint die Bestimmung aber auch selbstverständlich; auf Absatz 2 bezieht sie sich jedoch nicht direct. Indirect wird derselbe freilich insofern berührt, als wenn die Parteien übereingekommen sind, die Frist des Absatz 1 zu verlängern, die Klage auch während dieser ganzen Zeit wirksam angestellt werden kann, und weil es ferner den Parteien, wenn sie die Frist des Absatz 1 verkürzt haben, auch jedenfalls freisteht, dahin übereinzukommen, dass eine Klage nur innerhalb derselben oder überhaupt einer kürzeren als einer sechsmonatlichen Frist angestellt werden dürfe. Dagegen ist die Zulässigkeit einer selbständigen Verlängerung der Verjährungsfrist des Absatz 2 (d. h. ohne entsprechende Verlängerung der Fristen des Absatz 1 und 3) aus Absatz 5 nicht abzuleiten. Was die Einreden betrifft, so kann sowohl neben der Verlängerung der Anzeigefrist, als auch ohne dass diese verändert ist, die Wirk-

[5]) Siehe auch die Bemerkungen zu Art. 347, §. 3. und vergl. Bemerkungen zu Art. 308, §. 3.

samkeit der Geltendmachung der Mängel durch Einrede befristet werden, und zwar kann im ersten Fall die Frist entweder der veränderten Anzeigefrist gleichgesetzt oder eine kürzere Dauer derselben verabredet werden. **Art. 349.**

Die Veränderung der Anzeigefrist kann sich möglicher Weise auf gewisse Mängel beschränken. In diesem Fall bleibt es hinsichtlich der übrigen Mängel bei der gesetzlichen Bestimmung.

Sogenannte Garantirung oder Garantieleistung für länger als sechs Monate erscheint als eine Verlängerung der Anzeigefrist. Garantirung für eine kürzere Frist kann eine Verkürzung der Frist enthalten.

Das Recht, während der ganzen Dauer der gesetzlichen Frist (Absatz 1) rechtzeitige Anzeige der entdeckten Fehler zu machen, hat der Käufer mit Abschluss des Vertrags erworben, daher kann eine spätere einseitige Erklärung des Verkäufers ihm nicht präjudiciren, selbst wenn sie bei der Ablieferung z. B. durch Vermerk in der Factura [6]) erfolgt. Auch ist ein Protest dagegen nicht erforderlich. Dagegen kann wenn der Käufer weiss, dass der Verkäufer allen seinen Facturen eine derartige Clausel hinzuzufügen pflegt [7]), der Umstand, dass der Käufer bei Abschluss eines neuen Kaufs nicht dagegen protestirt, als eine stillschweigende Annahme einer vom Verkäufer gestellten Vertragsofferte erscheinen. §. 12.

Umfang der Bestimmungen dieses Artikels. Der preussische Entwurf Art. 266 enthält keine Beschränkung auf von auswärts übersendete Waaren, denn daraus, dass die beiden vorhergehenden Artikel nur von solchen handeln, lässt sich nicht auf die Tragweite des folgenden Artikels, welcher auf sie keinen Bezug nimmt, schliessen. Eine solche Bezugnahme ist auch nicht in der Erwähnung der Anzeige enthalten, denn es ist nicht nothwendig darunter nur die in Art. 264 (Art. 347 des Gesetzbuchs) vorgeschriebene zu verstehen. — Dies ist auch die Auffassung der Motive zum preussischen Entwurf [8]). Dasselbe gilt von dem Entwurf erster Lesung Art. 292. Die Veränderung der Worte „alle Klagen“ in „die Klagen“ ist irrelevant [9]). Anders stellt es sich aber in Folge der in zweiter Lesung beliebten Beziehung der in Absatz 3 §. 13.

[6]) Z. B. „Reclamationen werden nur innerhalb 14 Tagen nach Ablieferung berücksichtigt.“

[7]) Z. B. der Käufer hat bei der Erfüllung früher abgeschlossener Käufe Facturen erhalten, deren gedrucktes Formular eine solche Erklärung enthält.

[8]) S. 143. S. o. §. 1.

[9]) Diese Aenderung geschah in der Absicht, um nicht auch „die durch Betrug begründeten Klagen als abgeschnitten erscheinen zu lassen“ (eine dem Art. 350 des Gesetzbuchs entsprechende Bestimmung fehlte damals noch). Protokolle S. 659 f. 665.

Art. 349. erwähnten Anzeige auf die in Art. 347 vorgeschriebene. Hierdurch ist jedenfalls Absatz 3 auf die in Art. 347 behandelten Käufe beschränkt und folgeweise ist bei dem Zusammenhang der einzelnen Bestimmungen des Artikels unter einander das Nämliche wohl in Betreff des ganzen Artikels anzunehmen [10]). Diese Frage ist aber aus dem Grund von untergeordneter Bedeutung, weil jedenfalls eine analoge Anwendung der betreffenden Bestimmungen auf Platzgeschäfte insoweit zulässig ist, als für die Geltendmachung von Mängeln durch Klage oder Einrede bei Platzgeschäften (soweit sie überhaupt bei diesen zulässig ist) nach keiner Richtung hin günstigere Bestimmungen gelten können als bei Distanzgeschäften [11]).

Art. 350.

Art. 350. Die Bestimmungen der Art. 347 und 349 können von dem Verkäufer im Falle eines Betrugs nicht geltend gemacht werden.

Preussischer Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung: fehlt. — Entwurf II. Lesung Art. 327.

Protok. S. 659 f. 665. — 1384. 1461.

§. 1. Die Artikel 347 und 349 unterscheiden nicht zwischen den Klagen aus dem Kaufvertrag und denen aus dem ädilitischen Edict, sie modificiren beide gleichmässig, und zwar im Interesse des Verkehrs zu Gunsten des Verkäufers. Dieser Vortheile wird der Verkäufer aber nur theilhaftig, wenn er nicht in dolo versirt. Es kann keinem Zweifel unterworfen sein, dass „Betrug“ hier lediglich eine Uebersetzung von dolus und nicht im strafrechtlichen Sinn aufzufassen ist [1]). Ein solcher dolus liegt insbesondere vor bei dem Verkauf einer Species oder einer Quantität aus einer Species, wenn der Verkäufer vor oder bei Abschluss des Kaufs wider besseres Wissen der Waare gewisse Eigenschaften beilegte oder gewisse Mängel verschwieg, und wusste oder wissen musste, dass diese wahrheitswidrige Erklärung oder dies Schweigen geeignet war, den Käufer zu veranlassen, den Kauf überhaupt oder in der Weise, wie geschehen, abzuschliessen. Beim Verkauf eines Genus ist dolus insbeson-

[10]) Darüber, dass man sich dieser Veränderung bei der zweiten Lesung bewusst gewesen sei, ergeben die Protokolle nichts.

[11]) Vergl. Bemerkungen zu Art. 347, §. 21 u. f., insbesondere §. 24 u. 26.

[1]) Vergl. Protokolle S. 1461.

dere dann vorhanden, wenn der Verkäufer, welcher dem Käufer zur Erfüllung des Kaufs solche Waare übertrug, welche nicht die vertragsmässige oder sogenannte „gesetzmässige" Beschaffenheit hatte, wusste oder wissen musste, dass seine ausdrückliche Erklärung, die Waare sei vertragsmässig oder gesetzmässig beschaffen oder sein Verschweigen der Mangelhaftigkeit geeignet sei, den Käufer zu veranlassen, die Waare als Erfüllung des Kaufs anzunehmen oder zu behalten. **Art. 350.**

In allen Fällen nun, in welchen ein dolus auf Seiten des Verkäufers liegt, kann dieser einer Reclamation des Käufers gegenüber sich nicht darauf berufen, dass derselbe den betreffenden Mangel ihm nicht rechtzeitig nach den Bestimmungen der Art. 347 und 349 oder nach besonderen Verabredungen angezeigt, bez. die Klage nicht innerhalb der in Art. 349 bestimmten Verjährungszeit angestellt habe.

Insoweit dem Käufer in den beiden Artikeln Rechte gewährt werden, kann demselben der dolus des Verkäufers natürlich nicht präjudiciren.

Obgleich der Verkäufer nicht für den dolus desjenigen haftet, von welchem er die Waare gekauft hatte, so erfordert es doch die bona fides, dass wenn in Folge dieses dolus sein Käufer Schaden erleidet, er demselben die Klage gegen seinen Verkäufer cedirt, auch wenn der Käufer die betreffenden Mängel nicht rechtzeitig ihm selbst angezeigt oder gegen ihn geltend gemacht hatte. §. 2.

Die in Betreff der eigentlichen actio doli geltenden Grundsätze werden durch unseren Artikel nicht berührt. §. 3.

Art. 351.

Sofern nicht durch Ortsgebrauch oder besondere Abrede ein Anderes bestimmt ist, trägt der Verkäufer die Kosten der Uebergabe, insbesondere des Messens und Wägens; der Käufer die Kosten der Abnahme. **Art. 351.**

Preuss. Entwurf Art. 267. — Entwurf I. Lesung Art. 293. — Entwurf II. Lesung Art. 328.

Protok. S. 666. — 1393. — 5079.

„Da die Uebergabe der Waare zu den Verbindlichkeiten des Verkäufers gehört, so hat dieser auch die Kosten derselben zu tragen; die

Art. 351. Abnahme der Waare ist dagegen Sache des Käufers. Diesen werden daher insbesondere auch die Kosten der Verpackung (Emballage) treffen, insofern dieselben nicht zum Zweck der Uebergabe, sondern mit Rücksicht auf die Versendung aufgewendet werden." (Motive zum preussischen Entwurf S. 143).

Art. 352.

Art. 352. Ist der Kaufpreis nach dem Gewicht der Waare zu berechnen, so kommt das Gewicht der Verpackung (Taragewicht) in Abzug, wenn nicht durch besondere Abrede oder durch den Handelsgebrauch am Orte der Uebergabe ein Anderes bestimmt ist. Ob und in welcher Höhe das Taragewicht nach einem bestimmten Ansatze oder Verhältnisse statt nach genauer Ausmittelung abzuziehen ist, ingleichen ob und wie viel als Gutgewicht zu Gunsten des Käufers zu berechnen ist, oder als Vergütung für schadhafte oder unbrauchbare Theile (Refactie) gefordert werden kann, ist nach dem Vertrage oder dem Handelsgebrauche am Orte der Uebergabe zu beurtheilen.

Preuss. Entwurf Art. 269. — Entwurf I. Lesung Art. 295. — Entwurf II. Lesung Art. 329.

Protok. S. 667. — 1394. — 5079 f.

§. 1. „Dass der Kaufpreis nur nach dem Nettogewicht der verkauften Waare berechnet wird, ist dem Vertrag entsprechend und auch allgemeiner Handelsgebrauch. Das Taragewicht wird aber nicht überall auf dieselbe Weise bestimmt, sondern bald durch Wiegen der Verpackung oder der leeren Gefässe für sich, bald nach einem Procentsatz des Bruttogewichtes ermittelt (Uso-Tara), der wiederum bald von dem Hundert, bald auf das Hundert genommen wird [1]). Welche Art der Berechnung in jedem ein-

[1]) Genauer: Das Taragewicht wird nach einem Procentsatz des Bruttogewichts (Sporcogewichts) oder des Nettogewichts ermittelt. Da aber in beiden Fällen bei der Berechnung regelmässig von dem Bruttogewicht ausgegangen wird, so stellt sich die Rechnungsmanipulation so, dass im ersteren Fall der Procentsatz vom Hundert abgezogen, im zweiten zum Hundert zugezählt wird. Nach der ersten Berechnungsart ergiebt sich nämlich folgende Proportion (B = Bruttogewicht, N = Nettogewicht. T = Taragewicht, p = Procentsatz):

$$100 : 100 - p = B : N \text{ oder}$$
$$100 : p = B : T.$$

zelnen Falle Platz greift, darüber kann in Ermangelung besonderer Verabredungen der Natur der Sache nach nur der Handelsgebrauch entscheiden, und zwar der Handelsgebrauch des Erfüllungsorts (des Orts der Uebergabe), weil anzunehmen ist, dass diesen die Parteien beim Vertragsschluss vor Augen hatten. Dasselbe muss auch vom Gutgewicht und der Refactie gelten, die ebenfalls je nach der Besonderheit der Waare und dem verschiedenen Gebrauch der einzelnen Plätze bald gar nicht, bald in einem grösseren oder geringeren Umfang abgerechnet wird.“ Motive zum preussischen Entwurf S. 144. **Art. 352.**

Am Orte der Uebergabe, d. i. am Erfüllungsort s. Art. 336 [2]). §. 2.

Gutgewicht ist eine Zugabe zu dem verkauften Quantum Waare, für welche kein Kaufpreis (formell) berechnet wird. Es soll als Ausgleichung für die eventuellen Verluste dienen, welche der Käufer bei dem Weiterverkauf insbesondere im Detailhandel durch Abwägen [3]) oder in Folge Eintrocknens etc. zu erdulden hat. — Nach den Protokollen (S. 5079) „kommt Gutgewicht auch in anderer Weise vor.“

Was vom Gutgewicht gilt von jedem sonstigen Uebermass [4]).

Refactie. „Beim Verkauf von Waaren, die durch die Fehler der Versender, oder ihrer natürlichen Beschaffenheit wegen viel Unreinigkeit bei sich führen, z. B. Kaffee, Indigo, wird den Umständen nach ein Abzug beredet, der aber keine feste Regel hat, noch haben kann. Man nennt diesen Abzug Refactie. Doch ist von derselben noch nicht die Rede, wenn nicht die Waare viel mehr Unreinigkeit als gewöhnlich hat.“ (Büsch, Darstellung der Handlung Buch II, Cap. 3, §. 7. — Bd. I, S. 196 der zweiten Ausg.) §. 3.

Nach der zweiten Berechnungsart aber ist:

$$N + \frac{p}{100} N = B, \text{ also } N = \frac{100}{100 + p} B$$

oder $100 + p : 100 = B : N$; u. $B - N = T$.

Beträgt z. B. das Bruttogewicht 300 Pfund und ist für die Tara 20 Proc. festgesetzt, so berechnet sich nach der ersten Berechnung ($100 : 80 = 300 : N$) das Nettogewicht auf 240 Pfund, die Tara auf 60 Pfund, während nach der zweiten Berechnungsart ($120 : 100 = 300 : N$) das Nettogewicht 250 Pfund, die Tara 50 Pfund beträgt.

[2]) Der Erfüllungsort wird häufiger der Ort der Uebergabe an den Spediteur oder Frachtführer sein, als der Ablieferungsort. Hiernach ist Kräwel's Anmerkung 1 zu diesem Artikel zu berichtigen. Allerdings wäre „Erfüllungsort“ correcter gewesen.

[3]) Bez. beim Abwägen in Folge der Sitte, den Kunden ein Geringes über das verabredete Gewicht zu gewähren. „Das Gutgewicht soll den Detaillisten den Ausschlag ersetzen, welchen sie beim Verkauf der Waare geben müssen.“ Bleibtreu, Mercantilpraxis §. 221. S. a. Grimm, Wörterbuch s. v. Ausschlag Nro. 2: „libramentum, der Ausschlag des Wagebalkens nach der schweren Seite.“

[4]) Ueber das Vorkommen eines solchen Uebermasses beim Weinverkauf bei den Römern vergl. Goldschmidt, Zeitschrift I. S. 76. 554.

Art. 353.

Art. 353. Ist im Vertrage der Marktpreis oder der Börsenpreis als Kaufpreis bestimmt, so ist im Zweifel hierunter der laufende Preis, welcher zur Zeit und an dem Orte der Erfüllung oder an dem für letzteren massgebenden Handelsplatze nach den dafür bestehenden örtlichen Einrichtungen festgestellt ist, in Ermangelung einer solchen Feststellung oder bei nachgewiesener Unrichtigkeit derselben, der mittlere Preis zu verstehen, welcher sich aus der Vergleichung der zur Zeit und am Orte der Erfüllung geschlossenen Kaufverträge ergiebt.

Preuss. Entwurf Art. 270. — Entwurf I. Lesung Art. 296. — Entwurf II. Lesung Art. 330.

Protok. S. 667 bis 669. — 1394 bis 1399. — 4590 f.

§. 1. Vergl. oben Zusatz zu Art. 311. S. 119 bis 121.

Ist im Vertrag der Markt- oder Börsenpreis als Kaufpreis bestimmt, so ist darunter dasjenige zu verstehen, was die Parteien im einzelnen Fall darunter verstanden haben, also z. B. der nach den örtlichen Einrichtungen festgestellte Markt- oder Börsenpreis oder der in irgend einem privaten Marktbericht angegebene oder der aus der Vergleichung der abgeschlossenen Kaufverträge sich ergebende, und zwar aller oder einzelner zur Zeit und am Ort der Erfüllung oder zu irgend einer bestimmten anderen Zeit oder an irgend einem bestimmten Ort z. B. zur Zeit und am Ort des Vertragsabschlusses abgeschlossenen u. s. w. u. s. w. — Die Absicht der Parteien kann sich aus den Umständen ergeben. Wird der Beweis der getroffenen speciellen Verabredung oder von einzelnen Umständen, aus welchen diese sich ergeben soll, erforderlich, so hat ihn derjenige zu erbringen, welcher sich darauf beruft.

Der Artikel erkennt diese aus allgemeinen Grundsätzen sich ergebenden Sätze natürlich an und bestimmt zur leichteren Anwendung derselben Folgendes.

1) Wird eine specielle anderweite Verabredung nicht behauptet oder nicht erwiesen, so ist unter Markt- und Börsenpreis der mittlere Preis zu verstehen, welcher sich durch Vergleichung der zur Zeit und am Ort der Erfüllung geschlossenen Kaufverträge ergiebt.

2) Es wird vermuthet, dass der zur Zeit und am Ort der Erfüllung oder an dem für letzteren massgebenden Handelsplatz nach den dafür bestehenden örtlichen Einrichtungen festgestellte Markt- oder Börsenpreis diesem mittleren Preis (Nro. 1) gleich ist. Wer mithin auf diesen festgestellten Preis sich beruft, kann den Beweis der Unrichtigkeit erwarten [1]. **Art. 353.**

Ist im Vertrag der Markt- oder Börsenpreis als Kaufpreis bestimmt. Es braucht nicht das Wort Markt- oder Börsenpreis gebraucht zu sein. Ausdrücke wie: laufender, gangbarer, üblicher Preis erscheinen gleichbedeutend. Auch stillschweigend kann auf diesen Preis Bezug genommen sein. §. 2.

Im Zweifel. S. o. §. 1 Nro. 1. Die Worte beziehen sich nicht auf den Zweifelsfall: notirter Cours oder wirklicher Mittelpreis, sondern auf die Frage: Marktpreis der Zeit, des Orts der Erfüllung oder einer anderen Zeit, eines anderen Orts.

Der laufende Preis, welcher festgestellt ist, d. h. der Preis, welcher als laufender, als Markt- oder Börsenpreis festgestellt ist.

Zur Zeit und am Ort der Erfüllung, d. h. an dem Ort, welcher im Vertrag als Erfüllungsort festgesetzt ist oder als festgesetzt gilt (Art. 342), nicht an demjenigen anderen, an welchem gemäss späterer Verabredung bez. unter Connivenz des Käufers thatsächlich erfüllt wird, insofern diese spätere Verabredung nicht auch in der Absicht getroffen ist, die Verabredung über den Kaufpreis zu modificiren. §. 3.

Das Nämliche gilt von der Erfüllungszeit, und diese Bestimmung genügt, wenn ein bestimmter Tag, eine bestimmte Stunde als Erfüllungszeit verabredet ist oder als verabredet sich ergiebt. Ebenso, wenn ein Tageskauf abgeschlossen ist. Ist jedoch ein Kauf als Lieferungskauf (diesen als Gegensatz zum Tageskauf verstanden) abgeschlossen, die Bestimmung der Lieferungszeit aber, oder die genauere Bestimmung derselben innerhalb einer längeren (verabredeten oder aus den Umständen sich ergebenden) Frist in die Willkür des einen oder des anderen Contrahenten gestellt, so ist aus den Umständen zu erforschen, ob der Marktpreis des Tags des Abschlusses des Vertrags, oder des Beginns der Lieferungsfrist, oder aber des durch den betreffenden Contrahenten bestimmten Lieferungstags gemeint ist.

Am massgebenden Handelsplatze. S. oben Zusatz zu Art. 311 §. 4, Note 2 (S. 121). Dieser kann für verschiedene Waarengattungen

[1]) In dieser Aufeinanderfolge bez. in diesem Verhältniss zu einander stehen die einzelnen Sätze des Artikels für die logische Betrachtung; die im Gesetz gewählte Gruppirung mag jedoch die der üblichen Gesetzessprache angemessenere sein.

Art. 353. ein verschiedener sein, z. B. für Staatspapiere, Colonialwaren, Getreide, Holz, Victualien, Wolle u. s. w.[2]).

§. 4. **Nach den dafür bestehenden örtlichen Einrichtungen.** Hierunter ist zunächst die täglich oder an bestimmten Wochentagen durch die Mäkler erfolgende Feststellung zu verstehen, aber auch die von einer Marktbehörde an Jahrmärkten, namentlich solchen, welche zum Verkauf einzelner Waarengattungen eingeführt sind, z. B. Wollmärkten, Holzmessen, oder auch an Wochenmärkten festgestellten und publicirten. Auch Feststellungen durch Private können ein derartiges Ansehen erlangen, dass sie als örtliche Einrichtungen gelten.

Festgestellt ist. Es kann fraglich sein, ob derjenige Preis entscheiden soll, welcher zur Erfüllungszeit schon festgestellt ist, oder erst, nachdem die Geschäfte dieses Tages (wenigstens zum grössten Theil) abgeschlossen sind (also z. B. nach Ablauf der Börsenzeit) aus den einzelnen verabredeten Preisen festgestellt wird. Wo tägliche Preisfeststellungen oder solche für einzelne Märkte oder Markttage vorkommen, wird letzteres anzunehmen sein, wo sie dagegen nur in längeren Zwischenräumen erfolgen, dürfte die Vermuthung für die Berücksichtigung der ersteren Notirung sprechen.

§. 5. **In Ermangelung einer solchen Feststellung.** Dies ist namentlich auch dann der Fall, wenn der Marktpreis nach einem weit auseinander liegenden Minimum und Maximum notirt ist. Die Mitte zwischen beiden Angaben zu nehmen, wird in diesem Fall wenigstens den Verhältnissen nicht entsprechend erscheinen, während dies Verfahren da, wo die Angaben nur wenig von einander differiren, angezeigt sein kann.

Art. 354.

Art. 354. Wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge und die Waare noch nicht übergeben ist, so hat der Verkäufer die Wahl, ob er die Erfüllung des Vertrages und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder ob er statt der Erfüllung die Waare unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343 für Rechnung des Käufers verkaufen und Schadensersatz fordern oder

[2]) Der Umstand, dass der Markt- und Börsenpreis eines Handelsplatzes in dem Localblatt eines anderen Orts regelmässig mitgetheilt wird, kann ein Indicium dafür sein, dass jener Handelsplatz für diesen Ort massgebend ist. Umgekehrt können solche Mittheilungen von Einfluss darauf sein, dass jener Ort für diesen massgebend wird, bez. dass die Contrahenten jenen Markt- und Börsenpreis ins Auge fassen.

ob er von dem Vertrage abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre. **Art. 354.**

Preuss. Entwurf Art. 250. — Entwurf I. Lesung 298. — Entwurf II. Lesung Art. 332.

Protok. S. 625 bis 632. — 1399 bis 1402. 1402 f. 1406 bis 1409. 1416. 4591 bis 4593. 4597 f. 5080.

Zur Vorgeschichte der Artikel 354 bis 359. Der preussische Entwurf enthält am Schluss des ersten Titels des dritten Buches (vierten Buchs des Gesetzbuches) in einem besonderen (dem fünften) Abschnitt, über die Aufhebung der Verträge in Handelsgeschäften wegen Nichterfüllung, folgende Bestimmungen: §. 1.

Art. 272.

Nach den Bestimmungen über den Kauf ist auch ein Handelsgeschäft zu beurtheilen, dessen Gegenstand in der Lieferung einer Quantität vertretbarer Sachen gegen einen bestimmten Preis besteht. Das Geschäft kann auf sofortige gegenseitige Erfüllung oder auf Erfüllung zu einer bestimmten Zeit oder im Laufe einer bestimmten Frist geschlossen werden.

Art. 273.

Wenn die Lieferung oder die Empfangnahme an einem bestimmten Tage oder in einer bestimmten Frist erfolgen soll und die zu liefernde Sache an dem Lieferungsplatze einen Börsencours oder Marktpreis hat, so muss die Erfüllung an dem bestimmten Tage oder in der bestimmten Frist gefordert werden.

Die Aufforderung muss mit einem wirklichen Anerbieten der vertragsmässigen Gegenleistung verbunden sein.

Art. 274.

Wird auf die Aufforderung nicht erfüllt, so löst sich dadurch der Vertrag in die Verpflichtung des Nichterfüllenden zum Schadensersatz auf. Den Betrag der Entschädigung bildet die Differenz zwischen dem vertragsmässigen Kaufpreise und dem Börsencourse oder Marktpreise am Tage der Aufforderung. Eine höhere Entschädigung kann nur gefordert werden, wenn dies ausdrücklich vereinbart war, oder wenn der Käufer nachweist, dass die unterbliebene Lieferung der Waare ihm auf Grund

Art. 354. der am Tage der Aufforderung bestehenden Verhältnisse einen höheren Schaden verursacht oder einen höheren Gewinn entzogen hat, und er die Waare an diesem Tage am Handelsplatz nicht anderwärts anschaffen konnte.

Art. 275.

Die Aufforderung zur Erfüllung, welche in einer späteren Zeit, als an dem bestimmten Tage oder in der bestimmten Frist ergeht, hat keine rechtliche Bedeutung.

Ist im Falle der Nichterfüllung von keinem der Contrahenten an dem bestimmten Tage oder in der bestimmten Frist die Aufforderung zur Erfüllung ergangen, so steht dies einem Rücktritt beider Theile vom Vertrag gleich.

Art. 276.

Die Aufforderung muss durch einen Notar oder Gerichtsbeamten zugestellt werden. Ueber die Zustellung ist eine Verhandlung aufzunehmen und auszufertigen; aus derselben muss der wörtliche Inhalt der gestellten Aufforderung, des Anerbietens und der Erklärung des Aufgeforderten, sowie die Art der Zustellung und der Ort und die Zeit derselben ersichtlich sein. Die Kosten der Aufforderung hat der Nichterfüllende zu tragen.

Die Aufforderung muss in dem Geschäftslocale und in Ermangelung eines solchen in der Wohnung dessen vorgenommen werden, gegen welchen sie gerichtet ist. Hat der Aufzufordernde am Orte kein Geschäftslocal und keine Wohnung, so muss sie an der zur Erfüllung bezeichneten Stelle geschehen; im Fall der Aufzufordernde sich dort nicht einfindet, vertritt eine darüber aufzunehmende Verhandlung die Stelle der Aufforderung.

Die Aufforderung ist während des Laufes des Tages, oder der Frist der Erfüllung, zu jeder Zeit mit rechtlicher Wirkung zulässig.

Fällt der Erfüllungstag auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so darf die Aufforderung erst am nächsten Werktag erfolgen.

§. 2. In erster Lesung wurde nach eingehender Erörterung die Streichung des ganzen fünften Abschnittes unter dem Vorbehalt beschlossen, „auf die Bestimmung des Art. 251, Abs. 1 und Art. 252 an geeignetem Ort zurückzukommen.“ Protokolle S. 592 bis 607.

Es wurde hierauf bei Gelegenheit der Verhandlung über Art. 260 des preussischen Entwurfs (Art. 343 des Gesetzbuchs) sowie später bei Besprechung der Artikel 272 bis 276 eine Anzahl Beschlüsse gefasst, welche in dem Entwurf erster Lesung folgendermassen redigirt sind. (Die

Aufnahme des Art. 300 beruht nicht auf einem Beschluss, sondern ist lediglich ein Vorschlag der Redactions-Commission, welcher in zweiter Lesung gebilligt wurde.) **Art. 354.**

Entwurf erster Lesung.

Art. 297.

Nach den Bestimmungen über den Kauf ist auch ein Handelsgeschäft zu beurtheilen, dessen Gegenstand in der Lieferung einer Quantität vertretbarer Sachen gegen einen bestimmten Preis besteht.

Art. 298.

Wenn Kaufverträge oder Lieferungsverträge von dem einen Contrahenten nicht erfüllt werden, kann der andere Contrahent unter folgenden Massgaben einseitig den Vertrag aufheben:

I. Wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises säumig, und die Waare noch nicht übergeben ist, hat der Verkäufer die Wahl, ob er Zahlung und Schadensersatz fordern oder ob er von dem Vertrage abgehen und Schadensersatz verlangen will.

Ist die Waare bereits übergeben, so hat er nur das Recht auf Zahlung und Schadensersatz.

Art. 299.

II. Wenn der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare säumig ist, hat der Käufer die Wahl, ob er noch die Uebergabe und den Ersatz des Schadens fordern oder ob er von dem Vertrage abgehen und Schadensersatz verlangen will.

Art. 300.

III. Ergiebt sich aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Vertrages, aus der Absicht der Contrahenten oder aus der Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes, dass die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten theilbar ist, so kann die Aufhebung nur in Betreff des von dem anderen Contrahenten nicht erfüllten Theiles des Vertrages gefordert werden.

Art. 301.

IV. Will der Verkäufer oder der Käufer von dem Vertrag abgehen, so hat er dies, sofern nicht Gefahr im Verzuge ist, dem anderen Contrahenten, soweit thunlich vorher anzuzeigen und diesem Gelegenheit zu

Art. 354. geben das Versäumte schleunigst nachzuholen, widrigenfalls der Rücktritt, vorbehaltlich etwaiger Schadensansprüche des anderen Contrahenten, wirkungslos ist.

Art. 302.

V. Ist die Lieferung einer Quantität vertretbarer Sachen, die einen Börsenpreis oder Marktpreis haben, zu einer fest bestimmten Zeit, nicht früher und nicht später, bedungen, so kann jeder Contrahent, wenn der andere Theil nicht erfüllt, auch ohne vorherige Anzeige, vom Vertrage abgehen und Schadensersatz verlangen, vorausgesetzt, dass er selbst thatsächlich zu erfüllen bereit war.

Den Betrag des Schadens bildet mindestens die Differenz zwischen dem vertragsmässigen Ankaufspreise und dem Börsenpreise oder Marktpreise am Tage und Orte der geschuldeten Lieferung.

§. 3. Nach den Beschlüssen in zweiter Lesung lauten die Artikel:

Entwurf zweiter Lesung.

Art. 331.

Nach den Bestimmungen über den Kauf ist auch ein Handelsgeschäft zu beurtheilen, dessen Gegenstand in der Lieferung einer Quantität vertretbarer Sachen gegen einen bestimmten Preis besteht.

Art. 332.

Wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge und die Waare noch nicht übergeben ist, so hat der Verkäufer die Wahl, ob er die Erfüllung des Vertrages verlangen, oder ob er die Waare nach vorgängiger Androhung unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 320 für Rechnung des Käufers verkaufen, oder ob er von dem Vertrage abgehen will.

Art. 333.

Wenn der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare im Verzuge ist, so hat der Käufer die Wahl, ob er die Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder ob er unter Rückforderung des von ihm etwa Geleisteten von dem Vertrage abgehen und Schadensersatz verlangen will.

Art. 334.

Will ein Contrahent auf Grund der Bestimmungen der vorigen Ar-

tikel von dem Vertrage abgehen, so muss er dies dem anderen Contrahenten anzeigen, und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäfts dies zulässt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren. Art. 354.

Art. 335.

Ist bedungen, dass die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden soll, so kann der Käufer, wenn der Verkäufer im Verzuge ist, die Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder unter Rückforderung des von ihm etwa Geleisteten von dem Vertrage abgehen und Schadensersatz fordern, ohne dass es der in dem Art. 334 vorgeschriebenen Anzeige an den Verkäufer bedarf.

Den Betrag des Schadens bildet, wenn die Waare einen Markt- oder Börsenpreis hat, die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Markt- oder Börsenpreise zu der Zeit und an dem Ort der geschuldeten Lieferung, unbeschadet des Rechts des Käufers, einen erweislich höheren Schaden geltend zu machen.

In gleicher Weise kann, wenn bedungen ist, dass die Zahlung gegen Lieferung der Waare genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geleistet werden soll, der Verkäufer, wenn der Käufer im Verzuge ist, die in dem Art. 332 bezeichneten Rechte ausüben, ohne dass es der Anzeige an den Käufer bedarf.

Jeder Contrahent ist berechtigt, den Verzug des anderen Contrahenten auf dessen Kosten durch eine öffentliche Urkunde feststellen zu lassen.

Art. 336.

Wenn in den Fällen der Art. 332, 333 und 335 sich aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Vertrages, aus der Absicht der Contrahenten oder aus der Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes ergiebt, dass die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten theilbar ist, so kann das Abgehen des einen Contrahenten von dem Vertrage nur in Betreff des von dem anderen Contrahenten nicht erfüllten Theiles des Vertrages erfolgen.

In dritter Lesung wurden diese Artikel in der im Gesetz vorliegenden Gestalt angenommen.

Ueber den **Eintritt des Verzugs** enthält das Gesetzbuch keine Bestimmungen[1]). Ein darauf gehender Antrag wurde „als bei der Ver- §. 4.

[1]) Daraus, dass nach Art. 289 Kaufleute unter einander berechtigt sind, in

Art. 354. schiedenheit der bürgerlichen Gesetzgebung zu unlösbaren Verwicklungen führend und darum als unausführbar" abgelehnt (Protokolle S. 4604 f.). Es kommen mithin die Grundsätze des allgemeinen bürgerlichen Rechts in ihrem vollen Umfange zur Anwendung. Aufmerksam zu machen ist hier nur besonders darauf, dass bei Entscheidung der Frage, ob einer der Contrahenten im Verzug sei, folgende Momente von besonderer Wichtigkeit werden: ob einer der Contrahenten vorzuleisten hat, oder ob der andere Contrahent in wirksamer Weise seinerseits offerirt hat, bez. zur Erfüllung bereit war, und wiederum ob der Contrahent, um dessen Verzug es sich handelt, seinerseits die erforderlichen Schritte gethan hat, um dem anderen Contrahenten die Vornahme der Leistung zu ermöglichen.

Nur für den Fall, dass ein fixer Lieferungstermin im Sinne des Art. 357 verabredet ist, wird in diesem Artikel die Regel „dies interpellat pro homine" anerkannt.

§. 5. In Verzug mit der Zahlung kann der Käufer auch dann sein, wenn die von ihm getroffenen Massregeln zur Effectuirung derselben nicht zum Ziel geführt haben, also z.B. wenn die dem Verkäufer gegebene Anweisung oder Tratte nicht honorirt wurde (vorausgesetzt, dass die Tratte nicht an Zahlungsstatt angenommen worden war).

§. 6. Voraussetzung der Bestimmung des Artikels ist, dass der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug und die Waare noch nicht übergeben ist.

Uebergeben, tradirt im rechtlichen Sinne. Ist die Tradition erfolgt, so findet dann, wenn die Waare noch im Gewahrsam des Verkäufers geblieben ist, das Wahlrecht des Artikels nicht statt. Der Kauf ist dann von Seiten des Verkäufers erfüllt, und dieser hat aus dem Kauf nur eine Klage auf den Kaufpreis. Ausserdem kann er ein Retentionsrecht an der Waare nach allgemeinen Grundsätzen (Bemerkungen zu Art. 313, §. 2) oder nach Art. 313 bis 316, sobald die Voraussetzungen der Entstehung eines solchen vorhanden sind, geltend machen [2]).

beiderseitigen Handelsgeschäften vom Tage der Fälligkeit einer Forderung an Verzugszinsen zu fordern (siehe Bemerkungen zu Art. 289, §. 1. 2. 3), kann ebensowenig eine Anerkennung des Grundsatzes „dies interpellat pro homine," bez. eine Erweiterung der Anwendung desselben auf jeden Fälligkeitstermin abgeleitet werden (siehe ebendaselbst §. 4), als aus Art. 288 für andere Fälle das Gegentheil entnommen werden kann.

[2]) Diese Voraussetzungen liegen in diesem Falle zwar nicht nothwendig schon dann vor, wenn beide Contrahenten Kaufleute und der Kauf auf beiden Seiten Handelsgeschäft war, denn die Waare ist ja nicht auf Grund des Kaufs in die Hand des Verkäufers gekommen, bez. (was natürlich dasselbe ist) in dessen Hand geblieben. Es ist vielmehr erforderlich, dass das Geschäft, auf dessen Grund die Waare bei dem Verkäufer geblieben (siehe Art. 343, Bemerkungen, Note [1]), ein

Sind schwimmende Güter verkauft, so gelten diese selbst als demjenigen übertragen, welcher durch das an Ordre gestellte Connossement zur Empfangnahme legitimirt ist (also dem Indossatar oder bei Blancoindossament einem jeden beliebigen Inhaber des Papiers, Art. 649). Dasselbe wird regelmässig auch anzunehmen sein bei Uebertragung des auf den Namen des Käufers gestellten Recta-Connossements an diesen. Es liegen daher in diesen Fällen nicht die Voraussetzungen des Art. 354 vor. Ob der Verkäufer zur stoppage in transitu berechtigt sei, ist eine hiermit nicht zusammenhängende Frage. Art. 354.

Ist Creditkauf verabredet, so kann die mora solvendi des Käufers ohne vorgängige Tradition der Waare (Voraussetzung des Artikels) nur dann vorkommen, wenn der Käufer mit dem Empfang der Waare in Verzug war.

Nach dem Artikel stehen, wenn der Käufer in Verzug ist, dem Verkäufer die beiden Möglichkeiten zur Wahl: §. 7.

1) er kann seine Rechte aus dem Vertrag geltend machen;
2) er kann den Vertrag als nicht geschlossen betrachten.

Den ersten Weg wird der Verkäufer regelmässig dann einschlagen, wenn der Kauf für ihn vortheilhaft ist und er Aussicht hat, seine Forderungen auch thatsächlich, insbesondere aber auch in Bälde, realisiren zu können. Zur zweiten Alternative wird er dagegen greifen, wenn der Kauf nicht als vortheilhaft erscheint, namentlich also, wenn er für die Waare einen höheren als den vertragsmässigen Kaufpreis von dem Dritten zu erhalten erwarten kann, oder wenn er befürchtet, seine Forderungen an den Käufer, namentlich wegen dessen Insolvenz, nicht oder nicht in Bälde realisiren zu können.

Die Rechte aus dem Vertrag kann der Verkäufer aber wieder in einer doppelten Weise geltend machen; er kann entweder §. 8.

a) die Erfüllung des Kaufs in der verabredeten Weise verlangen oder
b) statt dieser Erfüllung eine Interesseforderung geltend machen.

Diese Sätze gelten für alle Arten von Kaufgeschäften, auch für diejenigen, bei welchen ein fixer Lieferungstermin verabredet ist (Art. 357). Da jedoch hinsichtlich einzelner Voraussetzungen und Modalitäten der Geltendmachung dieser Rechte für die letzteren Geschäfte besondere Regeln gelten, so sollen hier zunächst nur diejenigen Geschäfte in Betracht

Handelsgeschäft war, was bei Kaufleuten allerdings nur ausnahmsweise nicht der Fall sein wird. (S. Bemerkungen zu Art. 313, §. 11. 12, aber auch §. 10.)

Art. 354. gezogen werden, bei welchen ein derartiger fixer Lieferungstermin nicht verabredet ist.

§. 9. A. Der Verkäufer macht seine Rechte aus dem Vertrag geltend.

1) Der Käufer verlangt Erfüllung in der verabredeten Weise, d. h. Zahlung des Kaufpreises gegen Oblation der Waare. Ausserdem macht er sein Interesse wegen verspäteter Erfüllung geltend. Für die Berechnung dieses Interesse, namentlich für die Frage, wie weit er das individuelle Interesse geltend machen kann, sind die Grundsätze des einschlagenden allgemeinen bürgerlichen Rechts massgebend, welche in einigen Ländern durch Art. 283 eine Modification erleiden (siehe Bemerkungen zu Art. 283). Der Schade des Verkäufers besteht jedenfalls darin, dass ihm der Kaufpreis nicht zu richtiger Zeit gezahlt ist, und als Ersatz desselben kann er jedenfalls Verzugszinsen fordern, ohne dass aber dadurch, wenigstens nach gemeinem Recht, die Möglichkeit der Geltendmachung eines höheren Schadensanspruchs ausgeschlossen ist. Liegen ausserdem die Voraussetzungen einer mora accipiendi vor, so kann der Verkäufer noch den Schaden geltend machen, welchen er in Folge dieser erlitten hat (siehe Bemerkungen zu Art. 343)[3]). Diese Voraussetzungen werden regelmässig vorhanden sein, wenn der Käufer sich in mora solvendi befindet. Es ist dies aber nicht nothwendig immer der Fall, z. B. beim Pränumerationskauf, welcher auch dann vorliegt, wenn ein Zahlungstag ausgemacht ist, der Käufer aber sich vorbehalten hat, zu einer beliebigen späteren Zeit zu empfangen.

§. 10. 2) Der Verkäufer verlangt sein Interesse. Voraussetzung ist, dass die zur purgatio morae dem Verkäufer gesetzte Frist (Art. 356) fruchtlos verstrichen ist. Der Verkäufer hat aus dem Vertrag das Kaufgeld und den Ersatz des durch nicht rechtzeitige Erfüllung entstandenen Schadens zu fordern. Diese Forderung an sich kann sich nicht in eine Interesseforderung verwandeln, da sie ja schon auf eine Summe gerichtet ist. Der Verkäufer hat aber diese Forderung nicht als selbständige, sondern er kann sie nur geltend machen, indem er seinerseits die Forderung des Käufers aus dem Kaufvertrag erfüllt. Sein Interesse besteht also in dem Betrag seiner Forderung minus dem Werth der gegen ihn begründeten Forderung. Dieser Werth aber besteht hauptsächlich, oft lediglich, in dem Werth der Waare. Die Berechnung dieses Werths könnte zwar an sich in verschiedener Weise, namentlich auch durch

3) Solcher Schade kann auch vorkommen, wenn gar nicht offerirt war und wegen Nichtzahlung des Kaufpreises nicht offerirt zu werden brauchte.

Taxirung vorgenommen werden. Im Interesse des Käufers, bez. zum Zweck der Abschneidung leicht zu befürchtender Differenzen, ist jedoch der Verkauf der Waare angeordnet, und zwar muss dieser in derselben Weise stattfinden, wie er für die Distraction eines Pfands in Art. 311 vorgeschrieben ist [4]). Den erzielten Kaufpreis erwirbt der Verkäufer, zieht denselben vom Betrag seiner Forderung ab und macht den Mehrbetrag seiner Forderung gegen den Käufer geltend [5]); übersteigt der erzielte Kaufpreis den Ertrag der Forderung des Verkäufers, so ist der Mehrbetrag dem Käufer herauszugeben. Art. 354.

Unter Beobachtung der Bestimmungen des Artikels 343. Darunter sind unzweifelhaft die Bestimmungen verstanden, dass die Waare öffentlich zu verkaufen ist, und dass der Verkauf unter der Voraussetzung, dass sie einen Börsen- und Marktpreis habe, auch durch einen Handelsmäkler u. s. w. bewirkt werden dürfe. Ebenso die Vorschrift, dass der Käufer von der Vollziehung des Kaufs sofort zu benachrichtigen sei. §. 11.

Dagegen kann die Bestimmung, dass dem Verkauf eine Androhung voraufgehen müsse, deswegen nicht darunter begriffen sein, weil Art. 356 für den vorliegenden Fall eine besondere Bestimmung über die purgatio morae enthält. Neben der daselbst vorgeschriebenen Anzeige des Verkäufers, statt der Erfüllung Schadensersatz fordern zu wollen, und der Setzung einer Frist zur Nachholung des Versäumten kann die „Androhung" des Verkaufs keine Stelle mehr finden [6]). Damit fällt aber auch nothwendig die im letzten Satz des Absatz 1 des Art. 343 enthaltene Ausnahme von der Androhungspflicht weg. Die Ausnahme von der Pflicht der Anzeige, bez. Fristsetzung des Art. 356 ist in diesem Artikel selbst aufgeführt (siehe Bemerkungen zu Art. 356, §. 8) [7]). In der That kommen also die Bestimmungen des Art. 343 nur soweit zur Anwendung, als sie auch in Art. 311 enthalten sind, und es wäre correcter gewesen, diesen Artikel zu

[4]) Siehe darüber unten Note 8.

[5]) Würde der Verkäufer ausser der Lieferung der Waare noch zu anderen Leistungen verpflichtet sein, z. B. zum Transport der Waare auf eigene Kosten, so ist der Werth dieser Leistungen, soweit sie dem Verkäufer erspart wurden, zum Kaufpreis hinzuzuzählen, bez. ebenfalls von der Forderung des Verkäufers abzuziehen.

[6]) Man kann hiergegen nicht geltend machen, dass in Art. 357 des Nichterfordernisses der Androhung in Absatz 2 besonders Erwähnung gethan wird, während das Wegfallen der Anzeige des Art. 356 schon in Absatz 1 bestimmt ist. Die betreffenden Worte in Art. 357 sind völlig incorrect (siehe Bemerkungen zu Art. 357, §. 8). — Ja es geht gerade daraus, dass im Fall des Art. 357, Absatz 2 die Androhung nicht nur nicht erforderlich, sondern geradezu unmöglich ist, deren Identität mit der Anzeige des Art. 356 deutlich hervor.

[7]) Sollte man diese Argumentation nicht gelten lassen wollen, so würde jedenfalls das zu Art. 343 (§. 9) über die ausdehnende Interpretation des Begriffs „dem Verderben ausgesetzt" Bemerkte auch hier Platz greifen.

Art. 354. citiren [8]). Dadurch würde auch die Verschiedenheit der in dem Art. 343 und Art. 354 behandelten Rechtsverhältnisse deutlicher hervorgetreten sein.

§. 12. Ob zugleich mora accipiendi vorhanden ist, oder nicht, influirt auf das Recht des Verkäufers nicht. Auch wenn sie nicht da ist, z. B. bei verabredetem Pränumerationskauf (siehe oben), kann der Verkäufer verkaufen, oder überhaupt wenn verabredet ist, dass der Käufer vorleisten soll, bez. wenn der Käufer sich nicht zum Empfang am Erfüllungsort einfindet.

§. 13. Auch wenn die Waare nur in genere bestimmt war, ist der Verkäufer befugt, zur Selbsthülfe durch den Verkauf zu schreiten. Es ist dabei gleichgültig, ob der Verkäufer die Waare selbst schon im Eigenthum hatte oder nicht, bez. ob sie ausgeschieden war oder nicht. Sie kann auch erst bei der Erfüllung des zweiten Verkaufs ausgeschieden werden.

§. 14. B. Der Verzug des Käufers giebt dem Verkäufer das Recht, nach fruchtlos verstrichener Frist zur nachträglichen Erfüllung (Art. 356) vom Vertrag zurückzutreten, d. h. durch seine einseitige Erklärung den Vertrag mit allen seinen Wirkungen aufzuheben, ganz so, als sei er nicht abgeschlossen gewesen. Der Verkäufer ist also nicht mehr verpflichtet, die Waare zu liefern, der Käufer nicht verpflichtet, den Kaufpreis zu bezahlen. Es fällt aber auch jeder Anspruch auf Schadensersatz weg, und die Gefahr der Waare, wenn sie schon auf den Käufer übergegangen war, kehrt wieder zum Verkäufer zurück, oder genauer: es treten die Rechtswirkungen ein, als sei die Gefahr gar nicht auf den Käufer übergegangen gewesen.

Alles, was auf Grund des Vertrags oder mit Beziehung auf denselben in die Hand des einen oder anderen Contrahenten gekommen oder in derselben geblieben ist, z. B. als Arrha, Pfand, Retentionsobject, muss zurückgegeben werden, und die etwaigen Versprechen werden rückgängig.

Ueber die Wirkungen des Abgehens bei theilweiser Erfüllung siehe Bemerkungen zu Art. 359.

[8]) Die Uebereinstimmung der vorliegenden Bestimmungen mit denjenigen über den Verkauf des kaufmännischen Pfandes ist keine zufällige. Es findet zwischen dem Rechtsverhältniss des Verkäufers in Betreff der noch nicht tradirten Waare und dem des Pfandgläubigers, bez. Retentionsberechtigten in Betreff der verpfändeten oder retinirten Sache eine innere Verwandtschaft statt. Wie dieser in der fremden Sache eine Deckung hat, hat der Verkäufer eine solche in der eigenen Sache, welche in Folge der durch den Kaufvertrag begründeten Verpflichtung der Uebergabe für ihn materiell (ihrem Werthe nach) eine fremde geworden ist. In ähnlicher Weise fasst Ulpian das Recht des Verkäufers, die Waare bis zur Zahlung des Kaufpreises zurückzubehalten, auf. „Venditor quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit." L. 13, §. 8. D. de actionibus emti et venditi.

Art. 355.

Wenn der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare im Verzuge ist, so hat der Käufer die Wahl, ob er die Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder ob er statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem Vertrage abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre. **Art. 355.**

Preuss. Entwurf Art. 250. 251. — Entwurf I. Lesung Art. 299. — Entwurf II. Lesung Art. 333.

Protok. S. 625 bis 632. — 1399 bis 1402. 1403. 1409. 1410. 1416. — 4593 bis 4599. 5080.

Die Wirkungen des Verzugs des Käufers stimmen mit den Wirkungen des Verzugs des Verkäufers überein, soweit nicht die verschiedene Natur der Waare und des Kaufpreises eine Verschiedenheit bedingt. §. 1.

Die Voraussetzung des Artikels ist, dass der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare[1]) in Verzug ist. Die zweite Voraussetzung des Artikels 354, dass der nicht säumige Contrahent seinerseits noch nicht erfüllt hat, fehlt in diesem Artikel. Es ist hiernach für den vorliegenden Fall gleichgültig, ob der Kaufpreis schon gezahlt ist oder nicht.

Der Verzug des Verkäufers gewährt dem Verkäufer die rechtliche Möglichkeit entweder §. 2.

A. seine Rechte aus dem Vertrag geltend zu machen, indem er

1) Erfüllung in der verabredeten Weise in Anspruch nimmt, d. h. Lieferung der Waare gegen Oblation des Kaufpreises, sobald dieser nicht schon gezahlt oder creditirt ist. Ausserdem macht er sein Interesse wegen verspäteter Erfüllung geltend. Für die Berechnung dieses Interesse, namentlich für die Frage, wie weit das individuelle Interesse geltend gemacht werden kann, sind die Grundsätze des einschlagenden allgemeinen bürgerlichen Rechts massgebend, welche in

[1]) Sind schwimmende Güter verkauft und ist das Connossement übergeben, so gelten jene selbst als übertragen (s. Bemerkungen zu Art. 354 §. 6), es fehlt also die Voraussetzung unseres Artikels. Die Rechte, welche der Käufer geltend machen kann, wenn der Verkäufer die Realisirung des Connossements verhindert, oder wenn er die Ankunft der Waaren selbst zu einer bestimmten Zeit zugesagt hat und diese nicht eingehalten wird, hängen mit den hier besprochenen Rechten nicht zusammen.

Art. 355. einigen Rechtsgebieten durch Art. 283 eine Modification erleiden (s. Bemerk. zu Art. 283). Bei der Schadensberechnung kann von wesentlicher Bedeutung werden der Marktpreis, welchen die Waare am vertragsmässigen und am thatsächlichen Lieferungstage hat, beziehungsweise die Differenz dieser beiden Preise. Ist z. B. der Käufer Kaufmann, und ist nicht durch die besonderen Umstände die Annahme, dass er die Waare sofort wieder verkauft haben würde, ausgeschlossen, so kann er, wenn der Marktpreis am verabredeten Erfüllungstage höher war als am thatsächlichen Erfüllungstage, mindestens die Differenz zwischen beiden als Schaden geltend machen.

§. 3. 2) Der Käufer verlangt sein Interesse. Voraussetzung ist auch hier (wie in Art. 354), dass die zur purgatio morae dem Verkäufer gesetzte Frist (Art. 356) fruchtlos verstrichen ist.

Darüber, auf welche Weise die Höhe dieses Interesse zu eruiren sei, bestimmt das Gesetzbuch nichts. Es kommen also die Grundsätze des allgemeinen bürgerlichen Rechts (mit etwaiger Modification durch Art. 283) zur unbeschränkten Anwendung. Der Käufer kann die nicht gelieferte Waare anderweit einkaufen und diesen Kauf seiner Interesserechnung zu Grunde legen; er ist aber dazu nicht genöthigt.

Man könnte versucht sein anzunehmen, dass in Folge dieser Unbeschränktheit des Käufers die Bestimmungen des Art. 355 nicht mit denen des Art. 354 harmonirten, indem man so argumentirte. Ist dort dem Verkäufer, welcher sein Interesse geltend machen will, aufgegeben, die Waare (für Rechnung des Käufers) zu verkaufen, so muss hier der Käufer verpflichtet sein, die Waare anderwärts (für Rechnung des Verkäufers) einzukaufen. Die parallele Stellung des Käufers und des Verkäufers, woraus die Nothwendigkeit der gleichmässigen Behandlung derselben im vorliegenden Falle abgeleitet wird, ist aber, wie sich aus dem Folgenden ergiebt, doch nur eine scheinbare. Denn

1. kann der Werth, welchen die verkaufte, aber noch bei dem Verkäufer befindliche Waare für diesen hat, durch den Verkauf genau festgestellt werden. Der erlangte Preis abgezogen von dem Interesse, welches der Käufer an der rechtzeitigen Zahlung des Kaufpreises hat [2]), bildet genau den Betrag seines gegen den säumigen Käufer geltend zu machenden Interesse. Die Höhe des Interesse des Käufers an der Lieferung der Waare dagegen würde durch den bei anderweitem Ankauf der Waare

[2]) Dass unter Umständen auch noch der Werth solcher Leistungen, welche dem Verkäufer in Folge der Nichtleistung erspart wurden, abgezogen werden müssen (s. o. Bemerkungen zu Art. 354 §. 10 Note 5), hat auf die obige Argumentation keinen Einfluss.

gegebenen Preis nicht immer dargethan werden können. Das Interesse des Käufers besteht ja nicht darin, dass er die Waare überhaupt, sondern dass er sie zur verabredeten Lieferungszeit habe. Im Hauptfall, der hier in Betracht kommt (Kauf marktgängiger Waaren durch einen Kaufmann), wird das Interesse des Käufers in einfacher Weise durch Vergleichung des Marktpreises bei Beginn des Verzugs mit dem verabredeten Preise zu berechnen sein; der Preis, um welchen die Waare später angekauft beziehungsweise verkauft werden kann, ist gleichgültig, beziehungsweise seine Berücksichtigung würde die Rechnung nur in unnöthiger Weise compliciren, indem er dieselbe um einige überflüssige sich selbst wieder aufhebende Glieder vermehrte. **Art. 355.**

2. Ferner kann jede Waare jederzeit verkauft werden; es ist aber nicht möglich, jede Waare zu jeder Zeit zu kaufen. Würde das Gesetz verlangen, dass der Geltendmachung des Interesse anderweiter Ankauf der Waare vorhergehen müsse, so würde diese Geltendmachung fast lediglich auf den Kauf marktgängiger Waaren beschränkt werden müssen und könnte sich unter Umständen auch hier als undurchführbar herausstellen.

3. Durch den weiteren Verkauf der noch nicht tradirten Waare realisirt der Verkäufer seine Deckung; zu einem Aufwande seinerseits ist er dadurch nicht veranlasst, während der Käufer, welcher bei gestiegenem Marktpreise einkaufen müsste, mehr als den verabredeten Preis aufzuwenden gezwungen wäre, ohne für diesen Mehrbetrag durch die Waare selbst genügend gedeckt zu sein.

4. Die Verpflichtung des Käufers, welcher sein Interesse geltend machen will, die Waare anderweit anzuschaffen, würde diesem oft grossen Zwang auflegen, indem er in Folge derselben ausser Stand wäre, eine Speculation, in Bezug auf welche er den ersten Kauf abgeschlossen hatte, aufzugeben, obgleich dieselbe sich nicht mehr als lohnend darstellt, und obgleich für den Verkäufer in dem anderweiten Ankauf der Waare nicht der geringste Schutz gegen Uebervortheilung enthalten ist, ja im Gegentheil dieser unter Umständen viel nachtheiliger sein könnte, als eine einfache Differenzberechnung mit Zugrundelegung des Marktpreises zur Zeit des Beginns des Verzugs.

B. Der Käufer geht vom Vertrag ab. Es treten dieselben Wirkungen ein, wie wenn der Verkäufer wegen Verzugs des Käufers vom Vertrag abgeht. S. Art. 354 Bemerkungen §. 14. Hat der Käufer den Kaufpreis bereits ganz oder theilweis bezahlt, so condicirt er denselben als sine causa gegeben. §. 4.

Art. 355. Man hat es für überflüssig halten wollen, dass das Gesetz das Recht des Rücktritts vom Kauf besonders gewährt, da dasselbe als das Minus im Recht, statt der Erfüllung Schadensersatz zu fordern, enthalten sei. Der Rücktretende lehne ebenfalls die Erfüllung ab und verzichte auf Schadensersatz [3]. Dieser Einwand ist theoretisch nicht gerechtfertigt, da der Käufer, welcher statt der Erfüllung Schadensersatz fordert, von der Rechtswirksamkeit des abgeschlossenen Kaufvertrags ausgeht und diesen Standpunkt auch dann innebehält, wenn er die Erfüllung ablehnt, aber auf Geltendmachung des Interesse verzichtet, oder den Schaden durch den innebehaltenen Kaufpreis für gedeckt erklärt, während derjenige, welcher vom Vertrag abgehen zu wollen erklärt, die Rescission des Kaufs bewirkt. Dem Effect nach ist freilich zwischen beiden Erklärungen ein Unterschied dann nicht, wenn der Preis noch nicht bezahlt ist. Ist dies aber der Fall, so tritt die Verschiedenheit des Rechtsverhältnisses hervor. Ein Verzicht des Käufers auf Schadensersatz würde bewirken, dass der Kaufpreis bei dem Verkäufer bliebe. Die Erklärung des Verkäufers, dass er den Schaden auf die Höhe des Kaufpreises anschlage, würde ihn nicht vom Beweis der Höhe des Schadens befreien; und nur bis zur bewiesenen Höhe könnte er Ersatz desselben verlangen. Erklärt der Käufer dagegen den Vertrag für rescindirt, so fordert er den Kaufpreis als solchen zurück. Er kann dann aber auch die für die Erfüllung des Vertrags bestellten Sicherheiten (Pfand, Bürgschaft etc.) nicht geltend machen, was ihm im ersten Falle möglich ist.

[3] „Es ergab sich bei diesem Artikel das weitere Bedenken, ob es angemessen sei, dem Käufer ein dreifaches Recht ausdrücklich einzuräumen. Man hob hervor: Allerdings müsse der Käufer das Recht haben auf Erfüllung und Entschädigung wegen Verspätung derselben zu bestehen, oder die verspätete Erfüllung abzulehnen und Entschädigung in Anspruch zu nehmen. Aber es sei kein Grund vorhanden, ausdrücklich beizufügen, dass er auch ohne Schadensersatzforderung vom Vertrage abgehen dürfe, denn dies sei auch nichts Anderes, als eine Ablehnung der Erfüllung. Das verstehe sich von selbst, dass derjenige, der ablehne und Entschädigung ansprechen dürfe, dies auch ohne Entschädigung thun, dass er auf Schadensersatz verzichten dürfe. Das Letztere sei als das Minus in dem Ersteren enthalten, eine ausdrückliche Erwähnung des einfachen Rücktritts aber könne zu Missverständnissen führen.

Hiergegen wurde geltend gemacht, das Recht des einfachen Rücktritts sei nicht etwa ein Minus der Ablehnung der Erfüllung gegen Entschädigung, sondern juristisch etwas ganz Anderes. Letzteres beruhe gerade auf Aufrechterhaltung des Vertrags, Ersteres auf dessen Aufhebung. Aber auch praktisch sei beides nicht gleich. Denn wer vom Vertrage abgehe, habe ein Recht, das wegen desselben Gegebene zurückzufordern, und das könne möglicherweise mehr als der Schadensersatz betragen, der bei der Aufrechthaltung des Vertrags mit der Klage aus dem Contract erreichbar sei. Wenn z. B. eine Waare um 1500 gekauft, inzwischen aber auf 1000 gefallen sei, so betrage der Schade im Fall der Nichterfüllung nur 1000, bei Aufhebung des Vertrags gehe die Forderung des Käufers aber auf die geleisteten 1500.“ Protokolle S. 1409 f.

Art. 356.

Will ein Contrahent auf Grund der Bestimmungen der vorigen Artikel statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem Vertrage abgehen, so muss er dies dem anderen Contrahenten anzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäfts dies zulässt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren. **Art. 356.**

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung Art. 301. — Entwurf II. Lesung Art. 334.

Protok. S. 625 bis 632. — 1399 bis 1402. 1403 f. 1410. 1414. 1416. — 4599. 5080.

Wenn nicht die Voraussetzung des Art. 357 hinsichtlich der Erfül- §. 1.
lungszeit vorliegt, so kann der nichtsäumige Contrahent nicht ohne Weiteres die Wahl zwischen den drei ihm in Folge Verzugs des anderen Contrahenten zustehenden Rechten vornehmen, sondern er ist zunächst verpflichtet, die Erfüllung in der verabredeten Weise (Realerfüllung) zu erwarten. Er kann jedoch dem säumigen Contrahenten eine Frist zur Nachholung des Versäumten (zur purgatio morae) setzen unter dem Präjudiz, dass er im Fall des fruchtlosen Verstreichens dieser Frist von den ihm zustehenden anderen Rechten Gebrauch machen werde.

Dies anzeigen. Mit den Worten des Artikels wäre allerdings auch §. 2.
die Annahme vereinbar, dass die Erklärung bestimmt auf die eine oder die andere Alternative gerichtet werden müsse. Allein die Tendenz des Art. 356 geht doch jedenfalls zunächst darauf, dem säumigen Contrahenten die purgatio morae möglich zu machen und daher die Ausübung des Rechts des andern Contrahenten sein Interesse zu verlangen und seines Rechts vom Vertrag abzugehen an die Voraussetzung zu knüpfen, dass der Versuch die Erfüllung in der verabredeten Weise zu erhalten gemacht und missglückt sei. Hätte dabei auch bestimmt werden sollen, dass die Wahl zwischen den beiden anderen Rechten schon vor Eintritt der Eventualität, an welche ihre Geltendmachung geknüpft ist, erklärt werden müsse, so würde dies in deutlicheren Worten haben ausgesprochen werden müssen. Mit anderen Worten, die Bestimmung des Art. 356 erscheint als eine Beschränkung des in den Artikeln 354 und 355 unbe-

Art. 356. schränkt aufgestellten Wahlrechts. Diese Beschränkung ist als solche eng zu interpretiren.

§. 3. **Wenn die Natur des Geschäfts dies zulässt.** Eine purgatio morae ist nur dann zulässig, wenn auch die spätere Leistung des Vertragsobjects immer noch die verabredete Leistung bleibt, nicht aber, wenn die Zeit, in welcher zu erfüllen ist, ein wesentliches Moment der Erfüllung selbst bildet, wenn die spätere Leistung also keine Erfüllung mehr ist. Die Parteien können es nun ausdrücklich verabredet haben, dass die spätere Leistung keine Erfüllung mehr sein solle, und diese Verabredung ist anzunehmen, wenn bedungen ist, dass die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden solle. Von diesem letztern Falle handelt Art. 357, welcher für denselben besondere Bestimmungen aufstellt. Hierher gehört mithin der Fall, wenn die Verabredung in anderer Weise getroffen ist, z. B. wenn verabredet ist, dass der Kaufpreis genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist bezahlt werden sollte, während für die Lieferung der Waare entweder ein späterer Termin festgesetzt, oder verabredet ist, dass die Waare nach Zahlung des Kaufpreises geliefert werden solle [1]).

Ferner kann aber auch aus den Umständen erkennbar sein, dass die verabredete Leistung nur dann, wenn sie zu einer gewissen oder bis zu einer gewissen Zeit erfolgt, die Erfüllung des Vertrags bildet, dass aber die spätere Leistung nicht mehr als Erfüllung anzusehen ist.

Dies wird namentlich dann anzunehmen sein, wenn der Kauf in der Absicht abgeschlossen war, dass über den Gegenstand der Leistung (die Waare oder das Kaufgeld) in bestimmter Weise disponirt werden sollte, und diese Disposition nur zu einer gewissen Zeit oder innerhalb einer

[1]) Weiteres Beispiel. Es ist verabredet, dass der Verkäufer eine von auswärts zu beziehende Waare in loco liefern solle, dass die Waare aber spätestens an einem bestimmten Tage oder nach Eintritt eines bestimmten Ereignisses an dem Bezugsorte abgeladen oder sonst expedirt werden solle, so dass also die Lieferungszeit berechnet wird durch Hinzuzählen der wirklichen Transportzeit zum spätesten Termin der Expedition. Diese Lieferungszeit ist keine vorher festbestimmbare, der Vertrag fällt also nicht unter Art. 357. Die Unbestimmbarkeit beziehungsweise Unbestimmtheit liegt aber lediglich in der Unberechenbarkeit der genauen Dauer des Transports. Diese Eventualität hat der Käufer auf sich genommen, soweit aber die Effectuirung der Lieferung von der Thätigkeit des Verkäufers abhängt, ist dazu ein bestimmter Termin gesetzt. In Bezug auf den Verkäufer ist dasselbe Verhältniss vorhanden, wie wenn verabredet worden wäre, dass die Lieferung am Abladeplatze und durch die Abladung oder Expedition ausgeführt werden solle. Hat nun der Verkäufer nicht zur verabredeten Zeit expedirt, so kann er nach Ablauf der Zeit, in welcher nach den thatsächlichen Verhältnissen bei rechtzeitiger Expedition die Waare hätte ankommen müssen, in Verzug versetzt werden und der Käufer kann sofort seine Erklärung das Interesse zu fordern oder vom Vertrag abzugehen ohne Fristsetzung abgeben.

gewissen Frist vorgenommen werden konnte oder sollte, diese Absicht aber dem anderen Contrahenten bekannt war [2]. Art. 356.

Ist in solchen Fällen mora solvendi vorhanden, so kann zwar der nichtsäumige Contrahent das Recht, statt der Erfüllung das Interesse zu fordern oder vom Vertrage abzugehen, erst nach erfolgter Anzeige dieses Entschlusses an den andern Contrahenten geltend machen, so dass also dieser bis zum Empfang der Anzeige durch Leistung in der verabredeten Weise (Realerfüllung) wirksam erfüllt [3], allein es ist nicht nöthig, eine Frist zur Nachholung des Versäumten zu setzen, sobald bei der Erklärung der kritische Zeitpunkt schon eingetreten war.

Dieser Zeitpunkt kann nämlich mit dem verabredeten Erfüllungstage beziehungsweise mit dem Eintritt des Verzugs zusammenfallen, er kann aber auch erst später eintreten. Z. B. ich kaufe am 1. März von auswärts Victualien zur Verproviantirung eines Schiffs, welches am 1. Mai abgehen soll, lieferbar in drei bis vier Wochen. Am 1. April setze ich den Verkäufer durch Mahnung in Verzug. Würde ich zu dieser Zeit erklären, dass ich statt der Erfüllung das Interesse fordern oder vom Vertrag abgehen wolle, so müsste ich eine Frist zur purgatio morae setzen. Habe ich aber mit der Interpellation eine solche Erklärung nicht verbunden, gebe ich dieselbe vielmehr erst gegen Ende April, also, wo es die höchste Zeit ist, die Verproviantirung zu bewerkstelligen, so brauche ich eine Frist nicht mehr zu setzen.

Ebenfalls von der Verpflichtung, eine Frist zu setzen, entbunden ist der nicht säumige Contrahent, wenn sich ergiebt, dass während einer den sonstigen Umständen angemessenen Frist aus einem von dem säumigen Contrahenten zu vertretenden Grund die Nachholung doch nicht erfolgen kann. Z. B. der Verkäufer, welcher eine in seiner Fabrik zu fertigende Waare zu liefern hatte, zu deren Anfertigung längere Zeit erforderlich ist, hat zur Zeit der Erklärung des Käufers mit der Anfertigung noch nicht begonnen, oder er hat seine Fabrik aufgegeben, oder nach Eintritt des Verzugs ist sie zerstört worden. Die vom Verkäufer selbst erst von

[2] Beispiele. Der Kauf ist abgeschlossen über Frühjahrs-Modewaaren, über junge Bäume, über Baumaterialien mit der Bemerkung, dass der Käufer im Frühjahr mit dem Bau beginnen wolle, über Victualien zur Verproviantirung eines bestimmten Schiffs, über Spielsachen mit der Bemerkung, dass sie für den Weihnachtsmarkt bestimmt seien. — Bei Abschluss eines Verkaufs hat der Verkäufer bemerkt, dass er nur verkaufe, weil er das Geld zur Erfüllung einer Verbindlichkeit verwenden wolle, die zu einer bestimmten Zeit zu erfüllen sei, oder um auf der nächsten Messe Einkäufe zu machen. — Es wird verabredet, dass die Lieferung sofort nach Eintritt eines bestimmten Ereignisses (Aufgang der Schifffahrt, Aufhebung der Blockade etc.) geschehen solle.

[3] Mitunter kann es jedoch zweifelhaft sein, ob ein solcher Vertrag nicht unter Art. 357 fällt, mithin spätere Realerfüllung nicht mehr angenommen zu werden braucht.

Art. 356. auswärts zu beziehende Waare ist noch nicht abgeladen oder sonst noch nicht expedirt, der Transport aber dauert erfahrungsmässig eine längere Zeit, als den Umständen nach als angemessene Frist zur purgatio morae erscheint.

Ferner ist hierher zu rechnen der Fall, wenn der Waare durch inneren Verderb oder ein sonstiges Ereigniss Untergang oder Verschlechterung droht und zu befürchten ist, dass, wenn dieselbe nicht sofort verkauft wird, der Verkäufer seine Deckung oder genügende Deckung verlieren würde [4]).

Die Verpflichtung zur Fristsetzung fällt aber auch weg, wenn der säumige Contrahent in bestimmter Weise erklärt nicht im Stande zu sein zu leisten, oder wenn er ungerechtfertigtermassen zu leisten sich weigert. Das von ihm angegebene Motiv der Weigerung [5]) ist gleichgültig [6]).

§. 4. Die Anzeige, dass statt der Erfüllung das Interesse verlangt oder vom Vertrag abgegangen werde, setzt lediglich das Vorhandensein des Verzugs des andern Theils voraus. Ist Verzug vorhanden, so kann die Anzeige zu jeder Zeit erfolgen; dass die zur Nachholung des Versäumten gesetzte Frist bereits abgelaufen sei, ist nicht erforderlich. Sie kann daher unmittelbar nach Eintritt des Verzugs, beziehungsweise wenn eine Fristsetzung erforderlich ist, nach der betreffenden Erklärung erfolgen. Sie kann also auch, und wird wohl regelmässig, in der Form vorgenommen werden, dass eine Frist mit dem Präjudiz gesetzt wird, dass nach erfolglosem Ablauf derselben der Erklärende von seinem Recht Gebrauch machen werde.

Ist zur Begründung des Verzugs Mahnung erforderlich, so können die drei Erklärungen: Mahnung, Fristsetzung und Anzeige, mit einander verbunden werden, z. B. in einem und demselben Brief.

§. 5. **Den Umständen angemessene Frist.** Es kommen hier sämmtliche Umstände in Betracht, nicht nur die mit der Natur der Leistung an sich zusammenhängenden, sondern auch die sonst zufällig vorhandenen. So

4) Siehe Art. 354 §. 11. Ist die Gefahr nicht in unmittelbarer Nähe, so kann dieselbe doch jedenfalls Einfluss üben auf die Bestimmung der Dauer der zu setzenden Frist. S. u. §. 5.

5) Z. B. dass er nicht schuldig sei überhaupt zu leisten oder vorzuleisten; oder der Käufer erklärt die offerirte Waare für nicht empfangbar, der Verkäufer widerspricht und erklärt nicht verpflichtet zu sein andere Waare zu liefern.

6) Anders wenn er nur die Verpflichtung zur Leistung zur Zeit in Abrede stellt, der von ihm behauptete Erfüllungstag aber in die zu setzende Frist fallen würde. Z. B. zu leisten ist am ersten; der Säumige weigert sich zu leisten vor dem achten; als den Umständen angemessen erscheint eine vierzehntägige Frist. Der Nichtsäumige ist verpflichtet bis zum 15ten Frist zu setzen zur purgatio morae.

wird z. B., wenn in den in Note 2 erwähnten Fällen, in welchen von einer gewissen Zeit an die Leistung nicht mehr als Erfüllung erscheint, die Anzeige vor dem kritischen Zeitpunkte erfolgt ist, die längstmögliche Dauer der Frist durch diesen Zeitpunkt bestimmt sein. — Ferner ist von Wichtigkeit die Frage, ob der nichtsäumige Contrahent für den eventuell geltend zu machenden Schaden anderweit gedeckt ist oder nicht, beziehungsweise ob der Deckung, welche der Verkäufer in Händen hat, durch Sinken des Preises Entwerthung droht, ebenso, ob zu erwarten ist, dass durch Steigen des Preises das vom Käufer eventuell geltend zu machende Interesse den retinirten Kaufpreis um ein Bedeutendes übersteigen werde. Bei starken Preisschwankungen kann in diesen Fällen eine sehr kurze Frist als angemessen erscheinen, vorausgesetzt, dass andererseits nicht das Vorhandensein sonstiger Deckung oder die Solidität des säumigen Contrahenten [7]) der Befürchtung, dass dem andern Contrahenten aus längerer Befristung Gefahr drohe, entgegensteht. Art. 356.

Der nichtsäumige Contrahent hat die Wahl bis zur Erklärung. Ist diese gegeben, wenn auch als eventuelle, so ist sie für ihn bindend. Er kann dann nachträglich nicht mehr Erfüllung in der vertragsmässigen Weise fordern, beziehungsweise sobald er sich für Geltendmachung des Interesse entschieden hat, kann er nicht mehr vom Vertrage abgehen und umgekehrt. Ehe die Erklärung erfolgt ist, kann der Schuldner immer noch leisten und dadurch und durch Leistung des Schadensersatzes für verspätete Erfüllung sich liberiren. §. 6.

Art. 357.

Ist bedungen, dass die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden soll, so kommt der Art. 356 nicht zur Anwendung. Der Käufer sowie der Verkäufer kann die Rechte, welche ihm gemäss Art. 354 oder 355 zustehen, nach seiner Wahl ausüben. Es muss jedoch derjenige, welcher auf der Erfüllung bestehen will, dies unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder der Frist dem andern Contrahenten anzeigen; unterlässt er dies, so kann er später nicht auf der Erfüllung bestehen. Art. 357.

Will der Verkäufer statt der Erfüllung für Rechnung des säumigen Käufers verkaufen, so muss er, im Falle die Waare einen

[7]) Auch der solideste und solventeste Kaufmann kann in Verzug kommen, und zwar sowohl mit der Lieferung der Waare, als auch mit der Leistung des Kaufpreises. Letzteres z. B. wenn er von ihm für gut gehaltene Wechsel einschickt, die nicht honorirt werden (s. o. Art. 354 Bemerk. § 5).

Art. 357. Markt- oder Börsenpreis hat, den Verkauf unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder der Frist vornehmen. Ein späterer Verkauf gilt nicht als für Rechnung des Käufers geschehen. Eine vorgängige Androhung ist nicht erforderlich, dagegen hat der Verkäufer auch in diesem Falle den bewirkten Verkauf dem Käufer ungesäumt anzuzeigen.

Wenn der Käufer statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, so besteht, im Falle die Waare einen Markt- oder Börsenpreis hat, der Betrag des von dem Verkäufer zu leistender Schadensersatzes in der Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Markt- und Börsenpreise zur Zeit und am Orte der geschuldeten Lieferung, unbeschadet des Rechts des Käufers, einen erweislich höheren Schaden geltend zu machen.

Preuss. Entwurf Art. 273 bis 276. — Entwurf I. Lesung Art. 302. — Entwurf II. Lesung Art. 335.

Protok. S. 671 bis 683. — 1399 bis 1402. 1405. 1410 bis 1414. 1416 bis 1418. — 4599 bis 4603. 4604. 5080 bis 5084. 5084 bis 5087.

§. 1. Der Artikel handelt von Verkäufen, in welchen die verabredete Erfüllungszeit ein so wesentliches Moment der Erfüllung selbst bildet, dass verspätete Leistung nicht als die verabredete erscheint. Der Artikel trifft aber nicht Bestimmungen für alle Fälle, in welchen eine solche Verabredung vorliegt [1], sondern nur für diejenigen, in welchen „bedungen ist, dass die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden soll". Ist eine solche Verabredung getroffen, dann wird immer angenommen, dass diese Lieferungszeit als ein solch wesentliches Moment der Erfüllung gewollt ist; und geräth nun einer der Contrahenten mit seiner Leistung in Verzug, dann kommen die besonderen Bestimmungen dieses Artikels zur Anwendung.

§. 2. Diese Bestimmungen aber gehen dahin. Das in Art. 354 und 355 dem Verkäufer und dem Käufer für den Fall des Verzugs des andern Contrahenten eingeräumte Wahlrecht steht den Contrahenten auch im vorliegenden Falle zu. Wird rechtzeitig Erfüllung in der verabredeten Weise (Realerfüllung) angeboten, so muss der andere Theil sie annehmen. Während jedoch bei den sonstigen Kaufverträgen als das

[1]) Siehe Bemerkungen zu Art. 356 § 3.

Nächstliegende angenommen wird, dass der nichtsäumige Contrahent die nachträgliche Erfüllung in der verabredeten Weise nebst etwaigem Schadensersatz wegen Verspätung in Anspruch zu nehmen habe, und erst, wenn die Erwartung der Nachholung dieser Erfüllung sich nicht realisirt, zur Geltendmachung der anderen Rechte greifen darf, bis zur betreffenden Erklärung aber auch Realerfüllung annehmen muss, wird bei den vorliegenden Verträgen umgekehrt davon ausgegangen, dass der nichtsäumige Contrahent die Nachholung der Realerfüllung nicht beabsichtige, so dass er, wenn er dieses Recht dennoch geltend machen will, sich dasselbe durch unverzüglich abgegebene ausdrückliche Erklärung wahren muss, dagegen aber auch die nachträgliche Realerfüllung nicht anzunehmen braucht. Da also gegen den Willen des nichtsäumigen Contrahenten eine purgatio morae nicht zulässig ist, so kann dieser auch nicht zu einer Fristsetzung zum Zweck der purgatio morae verpflichtet sein. Weiter ergiebt sich, dass der nicht säumige Contrahent den Willen, von einem der beiden anderen Rechte Gebrauch zu machen, nicht besonders zu erklären braucht. Art. 357.

Soweit (Absatz 1) beziehen sich die Bestimmungen des Artikels auf alle Arten von Waaren.

Ausserdem aber werden noch für eine bestimmte Art von Waaren besondere Bestimmungen getroffen, nämlich für diejenigen, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben. Da aber nicht nur die meisten im Handelsverkehr vorkommenden Waaren unter diese Kategorie fallen, sondern Kaufverträge der besprochenen Art vorzugsweise über derartige Waaren abgeschlossen zu werden pflegen, so liegt der Schwerpunkt des Artikels in diesen Bestimmungen. §. 3.

Diese Bestimmungen sind: §. 4.

a. für den Fall des Verzugs des Käufers. Während in anderen Fällen (also wenn die Waare entweder keine marktgängige ist, oder dieselbe zwar marktgängig ist, aber die Voraussetzung dieses Artikels nicht vorliegt) der Verkäufer die Waare zum Zweck der Geltendmachung seines Interesse zu einer beliebigen Zeit zu verkaufen befugt ist, kann im vorliegenden Falle der Verkäufer nur unter der Voraussetzung sein Interesse geltend machen, dass er unverzüglich nach Ablauf der Lieferungszeit den anderweiten Verkauf der Waare vornimmt. Hat mithin der Verkäufer den Verkauf nicht rechtzeitig vorgenommen, so bleibt ihm von den drei Rechten des Art. 354 nur das des Abgehens vom Vertrag übrig, beziehungsweise er gilt dann als vom Vertrag zurückgetreten.

b. Für den Fall des Verzugs des Verkäufers. Der Käufer §. 5.
kann, auch wenn die Voraussetzungen dieses Artikels nicht vorliegen,

Art. 357. seiner Interesseberechnung die Differenz zwischen dem verabredeten Kaufpreis und dem Marktpreis zur Lieferungszeit zu Grunde legen, er kann aber auch in anderer Weise seinen Schaden begründen, namentlich wenn er die Waare zu einer andern Zeit angeschafft hatte. Andererseits kann auch nach Lage der Sache der Gegner gegen jene Begründung des Interesse Einwendungen erheben. Für den vorliegenden Fall ist jene Berechnungsart des Interesse als die einzig zulässige erklärt und damit auch die Möglichkeit der Erhebung von Einwendungen gegen dieselbe beseitigt. Für den Fall aber, dass das Interesse des Käufers im einzelnen Falle jene Differenz überstiege, ist die Begründung dieses höheren Betrags gestattet. Dieses kann z. B. der Fall sein, wenn trotz der allgemeinen Marktgängigkeit der betreffenden Waare, beziehungsweise Notirung ihres Courses, die Anschaffung derselben zur Lieferungszeit überhaupt oder um diesen Preis nicht möglich war, der Käufer daher entweder die beabsichtigte Anschaffung nicht vornehmen konnte oder dafür einen höheren Preis aufwenden musste. In diesem Falle [2]) kann der Käufer auch möglichweise seiner Interesseberechnung den Marktpreis eines anderen Orts zu Grunde legen, z. B. dessen, an welchem er die zu liefernde Waare wieder zu liefern hatte.

§. 6. **Absatz 1. Genau.** Die Vereinbarung eines Lieferungstags [3]) genügt an sich nicht, um die Absicht zu constatiren, dass eine spätere Lieferung eine andere sein solle. Dies muss entweder durch einen Zusatz, z. B. fix, nicht später, präcis, prompt etc., oder durch die sogenannte cassatorische Clausel (an dem und dem Tage, zu der und der Stunde „ist das Engagement erloschen"), oder durch Bezugnahme auf

[2]) Die Auffassung Auerbach's (das neue Handelsgesetz Abth. 2, S. 92 f.) beziehungsweise Pauli's (im neuen Archiv für Handelsrecht Bd. III, S. 55), dass wenn die zu liefernde Waare vom Käufer an einen andern Ort verführt werden sollte, der Schadensberechnung wegen Nichtlieferung der Marktpreis dieses „Bestimmungsorts" nicht des „Lieferungsorts" zu Grunde zu legen sei, ist an sich nicht gerechtfertigt. Es ist nicht richtig, dass im angeführten Beispiel (die Waare sollte in Memel geliefert werden, der Käufer hatte sie bereits nach London weiter verkauft) „der Marktpreis des Verschiffungsorts (Memel) für das Interesse des Käufers ganz irrelevant sei". Das Interesse des Käufers besteht unter allen Umständen darin, dass er die Waare am vertragsmässigen Lieferungsort rechtzeitig erhalte. Ist die Waare marktgängig und kann er am Lieferungsort die vertragsmässige Quantität derselben kaufen, so ist sein Schade bei der Nichtlieferung gleich dem Betrag des Marktpreises, denn um diesen konnte er sie ja, um weiteren Schaden abzuwenden, kaufen. Nur also, wenn dies im einzelnen Falle nicht möglich war (insbesondere also, abgesehen von etwaigen Schwierigkeiten der Beschaffung des Kaufpreises, dann, wenn die Waare nicht vorhanden war), kann sein Interesse ein grösseres sein.

[3]) Was vom Lieferungstag gilt, gilt auch von der durch einen bestimmten Tag begrenzten Frist. — Ueber deren Berechnung vergl. Art. 328.

sogenannte allgemeine Bedingungen, verabredete Usancen, ausdrücklich hervorgehoben sein oder sich aus den Umständen ergeben. Art. 357.

Beispiele. Beim Abschluss des Kaufs erklärt der Käufer, dass er mit der gekauften Waare eine anderweit eingegangene an einem bestimmten Tage zu realisirende Verpflichtung zu erfüllen beabsichtige, und es wird der Lieferungstag auf den nämlichen oder den vorhergehenden Tag festgesetzt. Die von einem Wirthe gekauften Victualien sind, wie auch der Verkäufer weiss, dazu bestimmt, an einem bestimmten Tag, einem Volksfest, für die Speisung von Gästen verwandt zu werden, und die Lieferung ist auf diesen oder den vorhergehenden Tag verabredet. — Auch die Art der Waare, namentlich der Umstand, dass dieselbe häufigen und schnellen Preisschwankungen unterworfen ist und vielfach den Gegenstand von Fixgeschäften bildet, wie Börseneffecten, Getreide, Oel, Spiritus, kommt in Betracht.

Andererseits kann aus den Umständen, z. B. daraus, dass über den Fall der Verzögerung der Lieferung Verabredungen getroffen sind, deutlich erhellen, dass der verabredete Erfüllungstag nicht als fix gemeint war.

Es ist nicht immer nöthig, dass der verabredete Tag als Kalendertag [4]) bezeichnet ist, wenn es nur möglich ist, denselben auf einen bestimmten Kalendertag zu reduciren, insbesondere wenn diese Reduction schon bei Abschluss des Kaufs erfolgen kann [5]). Aber auch wenn diese Reduction erst später, aber immer doch noch eine gewisse Zeit vor Eintritt des Lieferungstermins möglich wird, kann die Absicht fixer Lieferung erkennbar sein, wenn z. B. als Lieferungstag (oder Schlusstag der Lieferungsfrist) der so und so vielte Tag nach Eintritt eines Ereignisses verabredet ist, bestehe dieses Ereigniss in der Erklärung eines der Contrahenten, oder in einer sonstigen Thatsache, wie offenes Wasser, Eröffnung der Schifffahrt [6]).

[4]) Als Kalendertag ist zufolge der Bestimmung des Art. 327 Abs. 2 auch „die Mitte eines Monats“ anzusehen.

[5]) Beispiel. In den „allgemeinen Bedingungen beim An- und Verkauf von Getreide in Danzig“ (Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VII, S. 581) ist bestimmt: „§. 21. Ist die Zeit der Lieferung mit dem Ausdruck „„zum Frühjahr““ oder „„per Frühjahr““ bezeichnet, so gilt dafür der Zeitraum vom 21. März bis 20. Mai.“ Ist nun in einem Kaufvertrag, in welchen auf diese Bedingungen Bezug genommen ist, Lieferung zum Frühjahr verabredet, so hat dies dieselbe Bedeutung, als wenn Lieferung bis zum 20. Mai verabredet wäre. In diesem Fall kann also, und wird auch regelmässig, fixe Lieferung als verabredet anzunehmen sein.

[6]) Voraussetzung ist, dass der Tag des Eintritts dieses Ereignisses sich genau constatiren lasse. Diese Constatirung ist in dem zuletzt angeführten Beispiel zufolge des am Erfüllungsort geltenden Sprachgebrauchs oder der Bezugnahme auf sogenannte allgemeine Bedingungen möglich. (S. die in Note 5 angeführten Danziger Bedingungen §. 19. 20.)

Art. 357. Dagegen kann in Ermangelung einer ganz unzweideutigen, darauf gerichteten Verabredung der Lieferungstermin dann nicht als fixer angesehen werden, wenn er lediglich durch den Eintritt eines hinsichtlich der Zeit seines Eintretens unbestimmten Ereignisses bestimmt ist, z. B. Lieferung sofort nach Aufforderung einer der Parteien oder bei erstoffenem Wasser [7]).

§. 7. **Nach Ablauf der Zeit,** d. i. des Tags, der Stunde.

Unverzüglich. Siehe Art. 319 Bemerkungen §. 10. Da dem Contrahenten die Lieferungszeit schon vorher genau bekannt ist, so kann im vorliegenden Fall eine grössere Pünktlichkeit in Betreff der Anzeige erwartet werden, als in anderen Fällen, in welchen der zur Anzeige Verpflichtete den Eintritt des betreffenden Ereignisses nicht vorher kannte, z. B. im Fall des Art. 319 Abs. 2, 347 Abs. 1, 364 Abs. 2.

Erfüllung. Hat der nicht säumige Contrahent sich rechtzeitig dahin ausgesprochen, dass er auf Erfüllung bestehe, so ist damit nicht ausgesprochen, dass er nunmehr in keinem Fall etwas Anderes als Realerfüllung fordern könne, sondern es fällt nur die Anwendung Art. 357 weg. Das Geschäft ist jetzt nach Art. 354 und 355 zu behandeln, so dass also auch Art. 356 für dasselbe massgebend ist. — Eine einseitige Erklärung des nicht säumigen Contrahenten, dass er den Erfüllungstag um eine gewisse Frist hinausschieben, auf eine gewisse Zeit Credit geben wolle, erscheint als eine Erklärung auf Erfüllung zu bestehen mit der angegebenen Wirkung. Eine vertragsmässige Verlegung des Erfüllungstags benimmt dagegen einem Fixgeschäft an sich seine Natur nicht.

§. 8. **Absatz 2. Im Fall die Waare einen Markt- oder Börsenpreis hat.** S. o. Zusatz zu Art. 311 S. 119 ff. [8]). Vergl. auch Bemerkungen zu Art. 376.

Unverzüglich. S. o. §. 7. Im Fall die Erfüllungszeit auf eine bestimmte Stunde gestellt ist, so ist, soweit dies möglich, der Verkauf noch am Erfüllungstag selbst baldmöglichst vorzunehmen.

Eine vorgängige Androhung ist nicht erforderlich. Die Androhung kann nur den Sinn haben, dass der Käufer zur purgatio morae aufgefordert wird. Im vorliegenden Fall ist nun aber die Möglichkeit jeder solchen purgatio durch Realerfüllung ausgeschlossen; es bedarf also nicht nur nicht einer Androhung, sondern sie kann begrifflich nicht

7) Ist jedoch, wie dies z. B. in den erwähnten Danziger Bedingungen der Fall ist, die Clausel: „bei offenem Wasser", so zu verstehen, dass dies heisst: spätestens nach Ablauf von 8 Tagen nach dem in der und der Weise bestimmten Tag, so kann fixe Lieferung angenommen werden.

8) In dem angeführten Zusatz §. 3 Zeile 3 ist nach dem Wort: „oben" einzuschalten: in §. 1 Zeile 2 und 3.

stattfinden. Die betreffenden Worte enthalten mithin eine Incorrectheit und hätten völlig wegbleiben müssen. Im ersten Satze des ersten Absatzes ist das Erforderliche schon bestimmt. Darüber, dass die Androhung des Art. 343 für den Fall der mora solvendi durch die Anzeige des Art. 356 ersetzt ist, vergl. Bemerkungen zu Art. 354 §. 11. Art. 357.

Dagegen — — anzuzeigen. S. Art. 343 Abs. 3 und Bemerkungen dazu §. 11. Dass die Worte: „soweit es thunlich" hier nicht wiederholt sind, verschärft die Anzeigepflicht nicht, da ja die Worte: „auch in diesem Fall" deutlich zeigen, dass die Anzeigepflicht des Art. 354 und 343 gemeint, beziehungsweise zur Verhütung von Missverständnissen hervorgehoben ist, dass die betreffende Vorschrift des Art. 354 nicht wegfalle. Daher tritt auch für den Fall der Unterlassung das Präjudiz des Art. 343 Abs. 3 (Schadensersatzpflicht) ein.

Absatz 3. S. o. §. 5. §. 9.

Zur Zeit der geschuldeten Lieferung. Ist eine Lieferungsfrist mit festem Endtermin festgesetzt, so ist der zur Zeit dieses Endtermins bestehende Marktpreis massgebend, denn in einem frühern Zeitpunkt brauchte der Verkäufer nicht zu liefern. Er kann sich aber auch nicht etwa darauf berufen, dass er berechtigt war, schon an einem früheren Tage der Frist, an welchem der Marktpreis ein niedrigerer war, zu liefern, da es ja an ihm lag, dass er damals nicht geliefert hat. Dasselbe gilt vom Schwanken des Marktpreises (Börsencourses) zu verschiedenen Stunden eines und desselben Tages. Ist als Lieferungszeit oder Endtermin der Lieferungsfrist ein Tag ausgemacht, so gilt der letzte Marktpreis dieses Tages, ist eine Stunde festgesetzt, der zu dieser Stunde vorhandene.

Art. 358.

In den Fällen des Art. 357 ist jeder Contrahent berechtigt, den Verzug des andern Contrahenten auf dessen Kosten durch eine öffentliche Urkunde (Protest) feststellen zu lassen. Art. 358.

Preuss. Entwurf Art. 276. — Entwurf I. Lesung: fehlt. — Entwurf II. Lesung Art. 335 Abs. 4.

Protok. S. 1413. 1417. — 4604. 5081. 5084.

Unter dem Protest ist hier eine von einem Notar oder Gerichtsbeamten aufgenommene Urkunde zu verstehen, welche das Vorhanden- §. 1.

Art. 358. sein derjenigen Thatsachen constatirt, durch welche der Verzug eines der Contrahenten begründet wird. Hinsichtlich der Form der Urkunde sind die über die Errichtung von Notariats- oder gerichtlichen Urkunden bestehenden allgemeinen landesrechtlichen Bestimmungen (nicht die speciell den Wechselprotest betreffenden) massgebend. Der Protest ist hier lediglich Beweisurkunde. Der Beweis braucht aber nicht ausschliesslich durch den Protest erbracht zu werden.

Die Bedeutung des Artikels beruht in der Bestimmung, dass der andere Theil die Kosten des Protestes zu ersetzen hat, und dass die Gerichte, soweit ihnen nach den Bestimmungen des einschlagenden Landesrechts überhaupt die Aufnahme von Urkunden über Privatrechtsgeschäfte zukommt, sich nicht weigern dürfen, einen derartigen Protest aufzunehmen.

§. 2. In dem die Voraussetzung des Artikels bildenden Fall gilt der Satz: „dies interpellat pro homine" unbezweifelt [1]. Da jedoch, wenn etwas Anderes nicht ausgemacht ist oder usancemässig feststeht, der Verkäufer die Waare nur gegen Zahlung des Kaufpreises und der Käufer den Preis nur gegen Uebergabe der Waare zu leisten hat, so ist derjenige Contrahent, welcher am Erfüllungsort zur Erfüllungszeit nicht erfüllt hat, nur dann im Verzug, wenn der andere Contrahent zu dieser Zeit und an diesem Ort zu erfüllen bereit war. Abgesehen von besonderen Bestimmungen durch Vertrag und Handelsgebrauch hat also der Käufer an dem durch Art. 342 Abs. 1 bestimmten gesetzlichen Ort der Uebergabe sich zur Empfangnahme unter Bereithaltung des Kaufpreises einzufinden und sich dem Verkäufer offenbar zu halten. Erfüllt nun der Verkäufer nicht (gegen Zahlung des Kaufpreises), so kommt er in Verzug. Umgekehrt hat der Verkäufer die Waare am gesetzlichen Uebergabsort zur Uebergabe bereit zu halten, und wenn der Käufer dort anwesend war, demselben die Uebergabe gegen Zahlung des Kaufpreises anzubieten. Befindet der Käufer sich nicht am Uebergabsort oder ist er nicht bereit zu empfangen oder weigert er sich den Kaufpreis gegen Uebergabe der Waare zu zahlen, so ist er in Verzug.

Ist an Stelle des gesetzlichen Uebergabsorts ein anderer verabredet, z. B. die Niederlassung des Käufers, so hat der Käufer sich an diesem Ort zur Empfangnahme der Waare und Zahlung des Kaufpreises bereit zu halten, der Verkäufer an diesem Ort die Waare gegen Zahlung des Kaufpreises anzubieten.

Ist durch die Natur des Geschäfts, durch Vertrag oder Handelsgebrauch etwas Anderes über das Verhältniss der Zahlung des Preises zur

[1] Siehe Bemerkungen zu Art. 354 §. 4.

Uebergabe der Waare bestimmt, so modificiren sich die obigen Sätze dem entsprechend, so z. B. dahin, dass der Käufer den Preis anbieten muss und der Verkäufer nur sich zur Uebergabe der Waare bereit zu halten braucht, oder dass der Preis nicht bereit gehalten zu werden braucht, oder aber dass er schon vor der Uebergabszeit bezahlt sein muss. **Art. 358.**

§. 3. Alle diese Thatsachen nun, in Folge deren der Verzug eintritt, können in der Art durch Protest erwiesen werden, dass der denselben aufnehmende Notar oder Gerichtsbeamte, beziehungsweise die nach den betreffenden gesetzlichen Bestimmungen (s. o. §. 1) zuzuziehenden Zeugen sich vom Vorhandensein derselben persönlich überzeugen, also namentlich dass vor ihnen oder durch sie die erforderliche Offerte vorgenommen wird. Man pflegt wohl auch von Seiten desjenigen, welcher nicht zum Offeriren, sondern nur zum Bereithalten seiner Leistung verpflichtet ist, zur prägnanten Constatirung dieses Bereithaltens eine Offerte ergehen zu lassen [2]).

Art. 359.

Art. 359. Wenn in den Fällen der Art. 354, 355 und 357 sich aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Vertrages, aus der Absicht der Contrahenten oder aus der Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes ergiebt, dass die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten theilbar ist, so kann das Abgehen des einen Contrahenten von dem Vertrage nur in Betreff des von dem anderen Contrahenten nicht erfüllten Theiles des Vertrages erfolgen.

Preuss. Entwurf Art. 252. — Entwurf I. Lesung Art. 300. — Entwurf II. Lesung Art. 336.

Protok. S. 631 f. — 1399 bis 1402. 1403.

§. 1. Ob die Erfüllung eines Kaufs theilbar ist, hängt allein vom Vertragswillen der Parteien ab; dieser Wille ist aber in den seltensten Fällen ausdrücklich erklärt und muss also aus den Umständen erforscht werden.

Zunächst ist hierbei auf die B e s c h a f f e n h e i t des K a u f o b j e c t s Rücksicht zu nehmen. Ist dasselbe der Art, dass es zwar in Theile zerlegt werden kann, dass aber die Theile vom Ganzen nicht nur quanti-

[2]) Diese Offerte beziehungsweise Aufforderung zur Erfüllung ist jedoch nach dem System des Gesetzbuchs nicht erforderlich. Der preussische Entwurf verlangte eine solche in Art. 274, darum auch die Bestimmung des Art. 276 (s. o. S. 264).

Art. 359. tativ, sondern auch qualitativ verschieden sind, so ist die Theilbarkeit nicht als beabsichtigt anzunehmen. Ist z. B. über eine Maschine contrahirt, so sind nicht die einzelnen Bestandtheile derselben gekauft, sondern die Maschine als Ganzes; mit anderen Worten, der Kauf erscheint schlechterdings nicht als die Zusammenfassung von Käufen der Bestandtheile und kann daher nicht in diese aufgelöst werden. Dies ist selbst dann nicht der Fall, wenn bedungen war, dass die Bestandtheile zu verschiedenen Zeiten geliefert werden sollten [1]). Es macht dabei auch keinen Unterschied, ob der Kaufpreis im Ganzen verabredet ist, oder für die einzelnen Theile besonders, oder nach dem Gewicht. Ja selbst, wenn bestimmt ist, dass der auf die einzelnen Theile ausgeworfene Preis sofort nach deren Lieferung bezahlt werden solle, kann doch die Lieferung eines einzelnen Theils nicht als theilweise Erfüllung angesehen werden.

Diese qualitative Verschiedenheit der Theile unter einander oder des Ganzen und der Theile braucht nicht schon an sich unter allen Verhältnissen vorhanden zu sein, sondern kann auch lediglich durch die Sitte beziehungsweise Mode, insbesondere durch den von der Sitte bestimmten Gebrauch gewisser Sachen bedingt sein. So sind z. B. ein, zwei, vier Pferde von gleicher Race, Grösse, Farbe und sonstiger Beschaffenheit an sich nur quantitativ verschieden, sind aber zwei derselben als „ein Paar Wagenpferde“, vier als „ein Postzug“ gekauft, so ist etwas von den einzelnen Pferden qualitativ Verschiedenes gekauft, die Leistung ist darum untheilbar.

Von vielen Gebrauchsgegenständen des täglichen Lebens erscheint ein Paar, ein Dutzend etc. so sehr als eine solche begriffliche Einheit, dass dieselben oft gar nicht anders als in dieser Zahl Gegenstand des Verkehrs sind, d. h. da in der Regel diese Sachen nicht einzeln verlangt zu werden pflegen, so pflegen die Verkäufer sie auch nicht einzeln feil zu halten.

Ferner wird eine solche begriffliche Einheit oft aus mercantilen Gründen gebildet, d. h. es ist kaufmännische Sitte, beziehungsweise Sitte der grösseren Verkehrsorte oder gewisser kaufmännischer Kreise, dass manche Waaren nur in einer bestimmten Minimalquantität (Gross, Centner, Last etc.) verkauft werden.

Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist die Theilbarkeit der Erfüllung überhaupt nicht, oder nur in beschränktem Masse statthaft, wenn nicht etwa im einzelnen Falle die Parteien etwas Anderes verabredet haben.

[1]) Z. B. ich bestelle eine Maschine für eine neue Fabrikanlage und bedinge, dass der Kessel alsbald, das sonstige Werk aber erst, wenn der zu seiner Aufnahme bestimmte Raum vollendet sein würde, oder zu einem bestimmten späteren Tage geliefert werden solle.

Auf Fälle der angeführten Art dürften die Worte des Gesetzes: **Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes**, zu beziehen sein, und wenn es auch unthunlich ist, für diese und ähnliche Fälle eine besondere Kategorie aufzustellen, so kann man doch für die Hervorhebung derselben anführen, dass hier eine gleichsam objective (naturale) durch den Willen der Parteien nicht ausgeschlossene Untheilbarkeit vorliege. Für die Regulirung der Beweislast kann die Berücksichtigung dieses Umstandes von Bedeutung werden. **Art. 359.**

Liegt eine solche objective Untheilbarkeit nicht vor, so kommen die Umstände des besondern Vertrags in Berücksichtigung. Diese sind nun aber so mannichfaltig, dass hier nur einzelne Bemerkungen möglich sind. Ob der Preis als Gesammtpreis verabredet oder nach dem Stück ausgeworfen ist, ferner ob die Leistung auf einmal erfolgen soll oder successiv, ob der Preis ebenfalls in Raten und zwar den Lieferungen entsprechend zu zahlen ist oder auf einmal — alle diese Umstände haben an sich eine unmittelbare Bedeutung für die Frage über die Theilbarkeit nicht. Wohl aber ist der aus den Vorverhandlungen oft nachweisbare Umstand von Bedeutung, dass die Vertragsbedingungen, insbesondere die Höhe des Kaufpreises, die Bestimmung der Zahlungszeit mit Beziehung auf die Quantität der Waare, beziehungsweise die Beschaffenheit des gesammten Kaufobjects verabredet sind, dass also z. B. der Verkäufer einen verhältnissmässig niedrigeren Preis oder eine längere Zahlungsfrist für den Verkauf von 200 Centnern bewilligt hat, als er, wenn er nur 20 Centner verkauft hätte, bewilligt haben würde, oder dass der Preis für die eine Gattung der verkauften Waaren aus dem Grunde billiger gestellt wurde, weil zugleich eine Partie anderer Waaren mitverkauft wurde. Möglicherweise kann auch das Umgekehrte stattfinden. Ueberhaupt kann man den Umstand, dass der Vertrag über ein geringeres Quantum entweder gar nicht oder doch nicht unter denselben Bedingungen abgeschlossen worden sein würde, als ein Kriterium der beabsichtigten Untheilbarkeit der Erfüllung aufstellen [2]. §. 2.

Besteht das Kaufobject aus Gegenständen verschiedener Art und ist ein wirklicher Aversionalpreis verabredet, so geht daraus ebenfalls die Absicht der Untheilbarkeit der Leistung hervor. Die Untheilbarkeit der Erfüllung liegt hier zunächst in der Untheilbarkeit des Preises. Denn, wiewohl eine Geldleistung an sich immer theilbar ist [3], so kann

[2]) „Quod partem emturus non esset." L. 47 §. 1 D. de minoribus.

[3]) Besteht der Kaufpreis nicht lediglich in einer Summe Geldes, sondern sind daneben noch andere Prästationen (Sach- oder Dienstleistungen) verabredet, die jedoch so nebensächlich sind, dass das Geschäft nicht die Natur des Kaufs

Art. 359. sie doch, wenn sie als Kaufpreis erscheint, nur dann getheilt werden, wenn verabredet ist oder als verabredet gilt, auf welche Theile der Waare die Theile des Kaufpreises zu rechnen sind.

Bei Gegenständen, die zur Erreichung eines bestimmten Zweckes gekauft sind, kommt in Betracht, ob dieser Zweck nur, wenn alle Sachen geliefert sind, überhaupt oder in angemessener Weise erreicht werden kann. Z. B. zu einem Bau habe ich zwölf Stück gusseiserne Säulen von einer gewissen Beschaffenheit und mit bestimmten Verzierungen oder 50,000 Ziegelsteine von bestimmter Grösse, Farbe und sonstiger Beschaffenheit gekauft, und die Verhältnisse liegen so, dass ich Säulen oder Ziegeln dieser besondern Art nicht oder nicht rechtzeitig anderswoher erhalten kann, während ich andere Säulen und Steine, mit welchen die nämlichen Zwecke zu erreichen sind, bekommen kann. Da ich nun mit weniger als mit zwölf Säulen und 50,000 Ziegeln meinen Zweck nicht erreichen und nicht Säulen und Ziegeln verschiedener Art verwenden kann, so ist theilweise Erfüllung des betreffenden Kaufvertrags keine Erfüllung [4]).

§. 3. Ist die Untheilbarkeit nur im Interesse des einen Contrahenten begründet, so kann dieser auf die Geltendmachung derselben verzichten, und der andere Contrahent kann sie nicht zu seinen Gunsten

verliert, so ist dadurch die Theilbarkeit des Preises an sich und damit die der Erfüllung des Kaufs ausgeschlossen. Anders, wenn dergleichen Leistungen einen Marktpreis und die Contrahenten an der Leistung in natura kein specielles Interesse haben. Ebenso können Fälle vorkommen, in welchen der Kaufpreis durch die Bestimmungen über die Modalität der Leistung desselben, z. B. an einem entfernten Ort durch Vermittlung von Wechseln, eine concrete Beschaffenheit erhält. Diese kann, namentlich dann, wenn der Käufer die zur Erwirkung der Zahlung erforderlichen Schritte schon gethan hat, die Theilbarkeit der Erfüllung ausschliessen.

Es lässt sich auch denken, dass der Käufer ein besonderes Interesse daran hatte, dass er die gesammte Kaufsumme zu einer bestimmten Zeit empfange, und dass ein Theil derselben für ihn nicht nur den verhältnissmässig geringeren, sondern einen weit geringeren Werth hat. Z. B. ich habe am 1. Juli 1000 zu zahlen unter der Verpflichtung zur Zahlung einer Conventionalstrafe von 500 für den Nichtzahlungsfall. Um das Geld zu bekommen, verkaufe ich 10 Centner Waare à 100 Thlr. und bedinge mir, dass der Kaufpreis am letzten Juni präcis gezahlt werde.

4) Weitere Beispiele. Es wird mit einer Fabrik über Lieferung einer Partie Waffen zur Ausrüstung einer Truppe contrahirt. Da nun uniforme Armirung beabsichtigt wird, so ist die Erfüllung nicht theilbar. Derselbe Grund kann auch für die Untheilbarkeit selbst einer aus verschiedenen Arten von Ausrüstungsgegenständen bestehenden Lieferung sprechen, sobald unter diesen, wenn sie in einer und derselben Fabrik gefertigt werden, eine gewisse Uebereinstimmung herrscht, auf welche bei Bezug eines Theils aus einer andern Fabrik verzichtet werden müsste.

Ich kaufe eine grosse Quantität Waare (Papiere), um damit eine Speculation auszuführen, die nur unter der Voraussetzung ausführbar ist, dass ich die ganze Quantität erhalte. Z. B. die Absicht geht darauf, den Marktpreis in die Höhe zu treiben oder herabzudrücken. Oder ich beabsichtige mit der Waare eine anderweite Verpflichtung zu erfüllen, bei welcher die Theilbarkeit der Erfüllung ausdrücklich ausgeschlossen ist.

geltend machen. Es ist dabei gleichgültig, welcher Contrahent sich in Verzug befindet. Die Untheilbarkeit also, welche lediglich darauf gestützt wird, dass die verkaufte Quantität um einen verhältnissmässig niedrigeren Preis verkauft worden ist, als für eine geringere Quantität verlangt worden wäre, kann der Käufer gegen den Willen des Verkäufers nicht geltend machen, auch wenn dieser sich in Verzug befindet. Umgekehrt, wenn die Untheilbarkeit auf dem besonderen Motiv beruht, das den Käufer zum Kauf bestimmt hat; z. B. der Verkäufer kann nicht urgiren, dass der Käufer die Papiere zum Zweck einer besondern Speculation gekauft hatte, die er nur ausführen kann, wenn er sämmtliche gekauften Papiere erhält [5]). **Art. 359.**

Wenn und soweit [6]) die Erfüllung getheilt werden kann, ist die Uebertragung eines Theils des Kaufobjects sowie die Zahlung eines Theils des Kaufpreises als die Erfüllung eines selbständigen Kaufvertrags zu betrachten. Hat also der Verkäufer einen Theil der Waare übergeben, so bleibt, welcher der beiden Contrahenten vom Vertrag abgehen mag, das Uebergebene beim Käufer, und der Verkäufer kann, wenn er den entsprechenden Theil des Kaufpreises bereits erhalten, denselben behalten, wenn nicht, die Zahlung desselben oder statt der Zahlung Schadensersatz fordern. Ist noch kein Theil der Waare übergeben, hat aber der Käufer einen Theil des Kaufpreises bezahlt, so ist zu unterscheiden, ob der Käufer oder der Verkäufer in Verzug ist. Im ersten Fall [7]) hat der Verkäufer dem Käufer den dem bereits gezahlten Theil des Kaufpreises entsprechenden Theil der Waare zu übertragen und kann nur in Betreff des Restes abgehen. Im letzteren Fall kann der Käufer vom Vertrag jedenfalls, soweit er noch nicht erfüllt ist, abgehen. Soweit er von ihm bereits erfüllt ist, kann er reale Erfüllung (d. h. Lieferung des dem gezahlten Kaufpreise entsprechenden Theils der Waare) oder Schadens- §. 4.

[5]) Interdum etsi in singula capita pretium constitutum sit, tamen una emtio est: ut propter unius vitium omnes redhiberi possint vel debeant. L. 34 §. 1 D. de aedilitio edicto. — „Possint" refertur ad emtorem, „debeant" ad venditorem. Cujacius tractatus ad Africanum VI. (Fick in Siebenhaar's Archiv für Wechselrecht und Handelsrecht Bd. VIII, S. 134 verwirft diese Interpretation von Cujacius meiner Ansicht nach mit Unrecht.)

[6]) „Soweit." Es kann nämlich vorkommen, dass die Leistung eines Theils der Waare zum Theil als Erfüllung angesehen werden kann, während der andere Theil mit dem noch nicht geleisteten Rest eine Einheit bildet. Z. B. es sind vier Pferde als zwei Zweigespanne verkauft, und es werden drei Pferde übergeben. In diesem Fall ist der Vertrag zur Hälfte (hinsichtlich des einen Zweigespanns) erfüllt; hinsichtlich der anderen Hälfte kann vom Vertrag abgegangen werden, und ist dann das dazu gehörige Pferd beziehungsweise eines der drei Pferde zu restituiren. L. 38 §. 14 D. de aedilitio edicto.

[7]) Dieser Fall kann bei Verabredung der Pränumeration des Kaufpreises vorkommen, namentlich auch wenn der Käufer dem Verkäufer Anweisungen oder Wechsel (nicht an Zahlungsstatt) übergeben hatte und diese nur zum Theil honorirt worden sind. (Siehe Art. 354 Bemerkungen §. 5.)

Art. 359. ersatz statt der Erfüllung fordern. Er kann aber auch, wenn der Verkäufer schon mit der Leistung des ersten Theils in Verzug war und noch ist [8]), auch von diesem Theil abgehen und Erstattung des Gezahlten fordern.

§. 5. Ist dagegen die Erfüllung nicht theilbar, so ist das bereits Geleistete zurückzuerstatten, sei es, dass ein Theil der Waare oder der ganze Kaufpreis oder ein Theil desselben übergeben war.

Ist der bereits übergebene Theil der Waare durch casus untergegangen, so ist er bei nachträglicher Rescission des Vertrags dem Verkäufer untergegangen. Von welcher Seite daher das Abgehen erfolgt, er kommt nicht mehr in Betracht. Dasselbe gilt von der Verschlechterung.

War der Untergang des tradirten Theils der Waare durch den Käufer verschuldet, oder hat dieser denselben verwendet oder alienirt, so hat der Verkäufer, welcher wegen Verzugs des Käufers abgeht, von diesem Ersatz zu fordern. Wie aber, wenn der Verkäufer säumig ist? Hat der Käufer, der vom Vertrag abgeht, ebenfalls Ersatz zu leisten, oder kann er in diesem Fall gar nicht vom Vertrag abgehen? Da der Käufer Vollerfüllung erwarten durfte und zur Consumtion des bereits Empfangenen berechtigt war, ihm auch die durch ihn veranlasste Vernichtung und Verschlechterung der eigenen Sache nicht imputirt werden kann, so kann er allerdings auch in diesem Fall vom Vertrag abgehen und hat dabei nur dasjenige herauszugeben, um was er noch bereichert ist.

§. 6. Das Gesetz spricht nur vom Abgehen vom Vertrag [9]). Der Umstand, ob die Erfüllung theilbar ist oder nicht, hat jedoch aus allgemeinen Gründen ganz dieselbe Wirkung, wenn nach Uebertragung eines

8) Dies wird meistens der Fall sein; es kann aber auch sein, dass von Anfang an die Voraussetzungen zur Begründung des Verzugs fehlten oder dass sie später durch mora accipiendi des Käufers weggefallen sind.

9) Ich will der von Auerbach (das neue Handelsgesetz Abthl. 2 S. 100 Note 1) gemachten Bemerkung nicht entgegentreten, dass der Intention der Handelsgesetzgebungscommission nach unter „Abgehen vom Vertrag“ in diesem Artikel die „Aufhebung des Vertrags“ im Sinn des preussischen Entwurfs Art. 250 (s. o. Bemerkungen zu Art. 354 §. 1), welche sowohl dem Abgehen vom Vertrag im Sinn des Gesetzbuchs als auch der „Forderung des Schadensersatzes statt der Erfüllung“ entspricht, hat verstanden werden sollen. Nach meiner Auffassung über die Bedeutung der Ansichten der Commission für die Interpretation des Gesetzbuchs (Bd. I. Einleitung §. 16) würde dies jedoch nicht zu dem Schluss berechtigen, dass die Worte des Gesetzbuchs auch den Fall der Interesseforderung umfassten. Dagegen würde, ganz abgesehen von den Ansichten der Commission, eine analoge Anwendung des Gesetzes auf diesen Fall geboten sein, wenn der Inhalt des Artikels auch in seiner Anwendung auf den Fall der Interesseforderung sich nicht schon aus allgemeinen Grundsätzen ergäbe.

Theils des Kaufobjects der eine oder andere Contrahent das ihm unter den Voraussetzungen der Art. 354 bis 357 zustehende Recht, statt der Erfüllung Schadensersatz zu fordern, wählt. Ist die Erfüllung theilbar, so kann nur das Interesse des noch nicht übertragenen Theils beansprucht werden, ist sie nicht theilbar, das Interesse der ganzen Erfüllung. **Art. 359.**

§. 7. Es ist selbstverständlich, dass die allgemeinen Grundsätze über das gewöhnliche, sowie die über das qualificirte Retentionsrecht der Art. 313 bis 315 zur Anwendung kommen können, sowohl im Fall des Abgehens vom Vertrag, als auch bei der Geltendmachung des Interesse.

§. 8. Im Vorstehenden ist noch nicht berücksichtigt worden, dass auch verschiedene Erfüllungszeiten verabredet sein können, dass also entweder ratenweise Lieferung der Waare oder Ratenzahlung oder beides verbunden bedungen ist. Durch eine derartige Verabredung wird das Rechtsverhältniss nicht verändert. Es ist immer zu untersuchen, ob eine Theilbarkeit der Erfüllung vorliegt oder nicht. Doch kann unter Umständen die betreffende Verabredung, namentlich wenn sie dahin geht, dass an den einzelnen Erfüllungstagen die einander entsprechenden Theile der Waare und des Kaufpreises geleistet werden sollen, ein Indicium der Theilbarkeit der Erfüllung bilden.

Ist die Erfüllung untheilbar, so ist es gleichgültig, ob der Verzug in Betreff der Leistung der letzten Rate (der Waare oder des Preises) eingetreten ist oder in Betreff einer früheren Rate. Ist die Erfüllung theilbar, so ist es quaestio facti, ob, wenn bei einer früher fälligen Rate Verzug eingetreten war, darum auch hinsichtlich der späteren Raten vom Vertrag abgegangen werden könne [10]).

[10]) Siehe hierüber Pauli im Neuen Archiv für Handelsrecht Bd. III, S. 167.

Dritter Titel.

Von dem Commissionsgeschäft.

Art. 360.

Art. 360. Commissionär ist derjenige, welcher gewerbemässig in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers (Committenten) Handelsgeschäfte schliesst.

Durch die Geschäfte, welche der Commissionär mit Dritten schliesst, wird er allein berechtigt und verpflichtet. Zwischen dem Committenten und den Dritten entstehen daraus keine Rechte und Pflichten.

Ist von dem Auftraggeber ausdrücklich bestimmt, dass das Geschäft auf seinen Namen abgeschlossen werden soll, so ist dies keine kaufmännische Commission, sondern ein gewöhnlicher Auftrag zu einem Handelsgeschäft.

Preuss. Entwurf Art. 277. — Entwurf I. Lesung Art. 303. — Entwurf II. Lesung Art. 337.

Protok. S. 683 bis 685. — 743 bis 745. — 1185.

§. 1. Der Auftrag, ein Geschäft für Rechnung des Auftraggebers abzuschliessen, kann so ertheilt sein, dass

1) das Geschäft im Namen des Auftraggebers abgeschlossen werden soll. Das Handelsgesetzbuch erkennt die rechtliche Möglichkeit eines Abschlusses in fremdem Namen an. Ueber das Verhältniss zwischen

dem Auftraggeber und dem in dieser Weise Beauftragten enthält das Gesetzbuch keine Bestimmungen, wohl aber über das durch die Ausführung des Auftrags zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten entstandene Rechtsverhältniss, richtiger über das Rechtsverhältniss, welches durch ein auf Grund einer Vollmacht abgeschlossenes Geschäft entstanden ist. Die Vollmacht ist eine vom Auftrag verschiedene Erklärung, sie ist Dritten gegenüber (ausdrücklich oder stillschweigend) abgegeben. Sie ist zwar im Auftrag, beziehungsweise in der Erklärung des Beauftragten über diesen Auftrag enthalten und hat also jedenfalls den Umfang des Auftrags. Sie kann aber auch in einem weiteren Umfang, ja sie kann selbst, ohne dass ein Auftrag vorhanden ist, gegeben sein. Für das Verhältniss zwischen Auftraggeber und Dritten ist allein massgebend, dass die Vollmacht vorhanden und in welchem Umfang dieselbe vorhanden ist [1]). **Art. 360.**

2) Der Auftrag kann aber auch dahin gehen, dass der Beauftragte in eigenem Namen abschliessen soll. In diesem Fall kann eine Vollmacht begrifflich nicht vorkommen. Zwischen Auftraggeber und Drittem entsteht durch Ausführung eines solchen Auftrags kein Rechtsverhältniss [2]). Ueber das Rechtsverhältniss zwischen Auftraggeber und dem in dieser Weise Beauftragten im Allgemeinen enthält das Gesetzbuch keine Bestimmungen, wohl aber für das aus einer speciellen Art des Auftrags, dem Commissionsgeschäft, entspringende.

Der Auftrag, ein Rechtsgeschäft in eigenem Namen für Rechnung des Auftraggebers abzuschliessen, ist dann Commission, wenn §. 2.

1. das aufgetragene Geschäft ein Handelsgeschäft,

2. der Beauftragte ein Kaufmann ist und als solcher [3]) den Auftrag übernimmt (Art. 360 und 378). Da die gewerbemässige Uebernahme solcher Aufträge ein relatives Handelsgeschäft ist, so kann der Beauftragte durch diese gewerbemässige Uebernahme allein die Kaufmannsqualität erwerben (Art. 360 Abs. 1).

[1]) Schliesst der Bevollmächtigte einen Vertrag innerhalb seiner Vollmacht ab, so bindet dieser den Vollmachtgeber, auch wenn ein genereller oder specieller Auftrag überhaupt nicht oder nur in einem geringeren Umfang vorhanden war. — Vergl. über die mögliche Verschiedenheit des Umfangs des Auftrags und der Vollmacht Bemerkungen zu Art. 41 §. 2 Absatz 2.

[2]) Ob dadurch, dass der Beauftragte zwar in eigenem Namen abschliesst, aber beim Abschluss auf den ertheilten Auftrag Bezug nimmt, also erklärt, er schliesse für Rechnung des Auftraggebers ab, eine quasi institoria actio des Dritten gegen den Auftraggeber begründet ist, kann hier im Allgemeinen nicht untersucht werden. Darüber, dass sie bei der Commission nicht stattfinde, siehe unten §. 7. Ueber den Zweifel, ob in eigenem oder in fremdem Namen abgeschlossen sei, siehe unten §. 8.

[3]) Siehe Vorbemerkung zu Buch IV, Titel I, Abschnitt 2, §. 7, S. 53.

Art. 360. §. 3. Wenngleich hiernach viele, ja wohl die meisten Aufträge, in eigenem Namen abzuschliessen, im kaufmännischen Verkehr unter den Begriff der Commission fallen, so ist es doch incorrect, Commission und Auftrag (Mandat) [4]), Commissionär und Mandatar als Gegensätze zu fassen, indem man unter dem Mandatar nur denjenigen, welcher in fremdem Namen abschliesst, versteht.

Auch der Umstand, dass der Beauftragte Provision erhält oder dieselbe auch ohne besondere Verabredung beanspruchen kann, ist nichts Charakteristisches für die Commission. Der Kaufmann, welcher auftragsgemäss im Namen des Auftraggebers contrahirt, hat ebenfalls Provision zu beanspruchen (Art. 290) [5]).

Die Artikel 360 und 378 sprechen aus, dass auf Anträge, welche nach §. 2 als Commissionen erscheinen, die Bestimmungen des dritten Titels Anwendung leiden. Art. 360 Abs. 3 erklärt ausserdem noch ausdrücklich, dass der Auftrag, im Namen des Auftraggebers abzuschliessen, durch diese Bestimmungen nicht berührt werde [6]), s. u. §. 11.

§. 4. **Absatz 1. Gewerbemässig.** S. o. Art. 4, Bemerkungen §. 4.

Für Rechnung des Auftraggebers. Ein unter der Form einer Commission abgeschlossenes Geschäft kann in Wahrheit ein Kauf sein. Dass „Provision" verabredet ist, schliesst dies an sich nicht aus. Diese kann als Theil des wahren Kaufpreises, beziehungsweise (bei der Verkaufscommission) als Abzug von demselben erscheinen [7]).

Auftraggeber (Committent). Es ist gleichgültig, ob derselbe Kaufmann ist oder nicht. Auch dem Nichtkaufmann gegenüber kommen die Bestimmungen über Commissionshandel zur Anwendung.

§. 5. **Handelsgeschäfte.** Wenn es sich darum handelt, ob eine Person dadurch, dass sie Geschäfte in eigenem Namen für fremde Rechnung

4) Ueber die Terminologie, „gewöhnliches Mandat", s. u. §. 10.

5) Hiernach sind die Motive zum preussischen Entwurf (S. 148 ff.) sowie verschiedene Aeusserungen in den Protokollen zu berichtigen. Der Satz: „Die wesentliche Abweichung der Commission von dem civilrechtlichen Mandat besteht darin, dass der Mandatar in der Regel im Namen des Mandanten contrahirt, während der Commissionär das Geschäft unter seinem eigenen Namen abschliesst" (Motive S. 150) — stellt durch den Zusatz: „in der Regel" sich selbst als völlig bedeutungslos dar.

Auch Abs. 3 unseres Artikels ist nicht correct redigirt (s. u. §. 10).

6) Der als „Commissionär" bezeichnete buchhändlerische Agent ist nicht Commissionär im Sinn des Gesetzbuchs. Er handelt im Namen seines Auftraggebers (des Verlags- oder Sortimentsbuchhändlers). Auch der Sortimentsbuchhändler ist nicht Commissionär des Verlegers; der Vertrag zwischen diesen Personen ist ein eigenthümlich modificirtes Kaufgeschäft.

7) Verabredung eines Durchschnittspreises kann das Geschäft zum Kauf machen. S. Busch, Archiv Bd. VI, S. 443.

gewerbemässig abschliesst, Commissionär werde, so kommt die Eigenschaft dieser Geschäfte an sich in Frage. Die Eigenschaft des Beauftragten als Kaufmann (Commissionär) ist begründet, wenn die Geschäfte dann, wenn sie der Auftraggeber in eigenem Namen abgeschlossen hätte, auf seiner Seite Handelsgeschäfte wären. Ist aber hierdurch die Eigenschaft des Beauftragten als Kaufmann einmal begründet, oder ist der Beauftragte in Folge des gewerbemässigen Betriebs anderer Geschäfte Kaufmann, so ist jedes Geschäft, welches er als solcher [8]) in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers abschliesst, sofern es nicht Immobilien zum Gegenstand hat, Handelsgeschäft nach Art. 273, beziehungsweise Art. 272 Abs. 2. S. o. Art. 272 Bemerkungen §. 11 S. 27. **Art. 360.**

Unter den Geschäften, zu deren Abschluss Commission ertheilt zu werden pflegt, nehmen die Einkaufs- und Verkaufsgeschäfte die erste Stelle ein. Die Commission kann sich aber auch auf alle sonstigen Geschäfte erstrecken, z. B. Assecuranz, Wechsel, Bürgschaft, Miethe. Das Commissionsgeschäft, welches den Abschluss von Frachtverträgen zum Gegenstand hat, das Speditionsgeschäft, behandelt das Gesetz besonders in Titel 3.

Schliesst. Die Bezeichnung von Personen, deren Geschäftsbetrieb auf Einleitung und Vermittelung von Rechtsgeschäften, nicht aber auf Abschluss von solchen gerichtet ist, als Commissionäre, und des auf solche Geschäfte gerichteten Mandats als Commission, ist dem Handelsgesetzbuch fremd. §. 6.

Dem Handelsmäkler ist zwar untersagt, als Commissionär aufzutreten. Dies Verbot hat jedoch keinen Einfluss auf die Rechtsbeständigkeit der von ihm übernommenen Commissionen, ebenso wie der in Ausführung derselben abgeschlossenen Geschäfte. S. Art. 69 Nr. 1 und Bemerkungen dazu §. 1. Dasselbe gilt von den von ihm ertheilten Commissionen.

Absatz 2 spricht den aus der Natur des als Commission gegebenen Auftrags sich ergebenden Rechtssatz aus, dass die Ausführung dieses Auftrags ein obligatorisches Verhältniss zwischen dem Committenten und dem Dritten, mit welchem der Commissionär contrahirt hat, nicht hervorbringe. Der Satz ist gegensätzlich zu Art. 52 und Art. 298 Abs. 1 formulirt. §. 7.

Durch diese Formulirung ist auch die Zulässigkeit einer actio quasi institoria [9]) sowie die Präsumtion der Cession der Klage des Commissionärs gegen den Dritten an den Committenten ausgeschlossen.

[8]) Siehe oben Note 3.

[9]) Das Bedürfniss, welches die actio quasi institoria hervorrief, ist durch die Anerkennung der Möglichkeit in fremdem Namen zu contrahiren (Art. 298) beseitigt.

Art. 360. Contrahirt der Commissionär auftragsgemäss in eigenem Namen, so ist es für den Dritten völlig indifferent, ob derselbe als Commissionär oder für eigene Rechnung contrahirt [10]). Es verändert dies Verhältniss nicht, wenn der Commissionär auch erklärt, dass er als solcher contrahire oder selbst den Committenten nennt. Darum enthält auch der vorliegende Titel nirgends weiter eine Erwähnung des Rechtsverhältnisses mit dem Dritten. Contrahirt der Commissionär im Namen des Committenten, so braucht dieser das Geschäft nicht anzuerkennen. Dem Commissionär gegenüber kommt Art. 298 Abs. 2 zur Anwendung.

§. 8. Ob der Beauftragte mit dem Dritten in eigenem oder im Namen des Auftraggebers abgeschlossen habe, ist quaestio facti. Im Zweifel ist anzunehmen, dass wer contrahirt, in eigenem Namen handle, doch bedarf es keiner ausdrücklichen Erklärung, dass in fremdem Namen contrahirt werde. Vergl. Art. 52 Abs. 2, Art. 114 Abs. 2. — Unter den für die Entscheidung der Frage massgebenden Umständen kommt insbesondere auch in Betracht, in welcher Eigenschaft der Beauftragte früher contrahirt hatte oder überhaupt seiner Geschäftseinrichtung nach zu contrahiren pflegt.

Ob der Beauftragte erklärt, dass er für fremde Rechnung contrahire, ob er selbst denjenigen, für dessen Rechnung er contrahirt, namhaft macht, ist gleichgültig, denn es kann ja darin ebensowohl die Erklärung liegen, dass er als Commissionär, als die, dass er als Stellvertreter contrahire. Auch das ist gleichgültig, dass die Vertragsmodalitäten mit Beziehung auf die Individualität des Auftraggebers festgestellt werden, z. B. dass der Dritte den Kaufpreis niedriger stellt, weil er dem Auftraggeber schon viele Lieferungen (direct oder indirect) gemacht habe, oder weitere Bestellungen erwarten könne, oder dass er einen Rabatt bewilligt, wie er regelmässig nach dem Platz, in welchem der Auftraggeber wohnt, bewilligt zu werden pflegt, oder die Creditfrist mit Bezug auf denselben regelt. Diese Berücksichtigung des Auftraggebers hat ihren Grund lediglich darin, dass für dessen Rechnung contrahirt wird; das formelle Moment, in wessen Namen der Vertrag abgeschlossen wird, tritt dabei ganz zurück. Das Nämliche gilt hinsichtlich der Verabredung, dass der Dritte für die verkaufte Waare auf den Auftraggeber ziehen oder Accepte desselben erhalten oder dass er für die von ihm gekauften Waaren von dem Auftraggeber bezogen werden oder ihm directe Rimessen machen solle [11]).

[10]) Vergl. jedoch Bemerkungen zu Art. 368 Note 1.

[11]) Vergl. die Entscheidungen sächsischer Gerichte in einem Leipziger Rechtsfall in Busch's Archiv Bd. V, S. 433 ff.

Auf der anderen Seite kann daraus, dass der Dritte weiss, dass der Beauftragte eine Provision erhält, nicht unbedingt auf das Vorhandensein eines Commissionsverhältnisses und folgeweise auf Abschluss des Beauftragten in eigenem Namen geschlossen werden, da auch für die Vermittlung des Geschäfts und den Abschluss als Stellvertreter eine Provision bewilligt werden kann und thatsächlich bewilligt wird [12]). Auch dass der Beauftragte denjenigen, für dessen Rechnung contrahirt ist, in den Verhandlungen nicht namhaft macht, sondern erst bei Abschluss des Geschäfts, begründet keine Vermuthung dagegen, dass in dessen Namen abgeschlossen werden solle. Geschieht dies ja auch häufig dann, wenn der Beauftragte nur vermitteln [13]) soll. Die Gewährung eines Beneficium von Seiten des Dritten an den Beauftragten etwa unter dem Namen einer Provision bietet ebenfalls keinen Anhalt nach der einen oder der andern Seite hin. **Art. 360.**

Absatz 3. Aus der Entstehungsgeschichte dieses Absatzes ergiebt sich, dass derselbe den Begriff der Commission in negativer Fassung bestimmen sollte. Diese Absicht würde dadurch nicht erreicht worden sein, dass man die Bestimmung etwa so formulirt hätte: „Ist verabredet, dass das Geschäft im Namen (oder: auf den Namen) des Auftraggebers abgeschlossen werden solle, so liegt keine Commission vor.“ Dadurch, dass das Wort „ausdrücklich“ aufgenommen ist, entspricht die Bestimmung ihrem ursprünglichen Zweck nicht. Dies ist zwar insofern gleichgültig, als der erwähnte Satz auch ohne besondere gesetzliche Erklärung schon als geltendes Recht anzusehen, beziehungsweise aus Absatz 1 zu deduciren ist. Es fragt sich aber doch, welche Bedeutung die Bestimmung in der vorliegenden Formulirung hat, denn wenn auch aus der Entstehungsgeschichte des Absatzes sich ergeben dürfte, dass die Aufnahme, beziehungsweise Beibehaltung des Worts „ausdrücklich“ auf einem Uebersehen beruht [14]), so kann dasselbe doch deswegen nicht einfach ignorirt werden. §. 9.

[12]) Siehe Zusatz 3 zu Buch I, Titel V, §. 3. 4, Band I, S. 156 f.

[13]) Siehe Bemerkungen zu Art. 272 §. 15.

[14]) Das Wort „ausdrücklich“ fand sich schon im preussischen Entwurf, welcher mit der in Note 18 zu erwähnenden Abweichung mit dem Gesetz übereinstimmt. Die Motive ignoriren das Wort „ausdrücklich“ und sagen nur: „Hatte der Auftraggeber bestimmt, dass das Geschäft auf seinem Namen abgeschlossen werden solle“ etc. Im Verlauf wird zur Rechtfertigung des Satzes auf das französische (Art. 92 s. u. Note 18) und das holländische Handelsgesetzbuch (Art. 79) Bezug genommen, welche aber beide nicht von einem ausdrücklichen Auftrag sprechen, sondern nur bestimmen, dass, wenn der Beauftragte im Namen des Auftraggebers abschliesse, die gewöhnlichen Grundsätze über Mandat Anwendung fänden. Auch in den Berathungen findet sich nirgends die Ausdrücklichkeit der Auftragsertheilung urgirt. In erster Lesung wurde gegen die Behauptung, der Absatz sei selbstverständlich, bemerkt, „derselbe habe den Zweck, eine scharfe Grenze zwischen Commission und Auftrag zu ziehen“ (Protok. S. 684), „die leitende Maxime, welche der fragliche Absatz enthalte, führe zu einer entsprechenden Unterscheidung zwi-

Art. 360. Als unzulässig muss die Interpretation erscheinen, dass der in Absatz 3 ausgesprochene Satz auf die Voraussetzung, dass die betreffende Bestimmung des Auftraggebers eine ausdrückliche ist, beschränkt sein solle, so dass also jedes Mandat zum Abschluss eines Geschäfts, in welchem die ausdrückliche Bestimmung, dass das Geschäft im Namen des Auftraggebers abgeschlossen werden solle, fehlt (einerlei, von wem das Mandat ertheilt und an wen es gerichtet ist), als „kaufmännische Commission" aufzufassen wäre. In dieser Allgemeinheit müsste ja doch der vermittelst eines argumentum a contrario gewonnene Satz lauten. Die Unmöglichkeit eines solchen Satzes ergiebt sich schon aus der Unvereinbarkeit mit der Bestimmung des ersten Absatzes.

Geht aus den Umständen hervor, dass die Absicht der Contrahenten darauf ging, dass der Beauftragte in eigenem Namen abschliessen solle [15], so ist das ertheilte Mandat ebenso wenig eine Commission, als wenn diese Absicht ausdrücklich erklärt worden war.

Es würde ferner auch irrthümlich sein, aus dem „ausdrücklich" zu folgern, dass ein von einem Kaufmann ertheiltes Mandat, ein Handelsgeschäft abzuschliessen, im Zweifel als Commission aufzufassen sei.

Das Wort „**ausdrücklich**" erklärt sich vielmehr zur Noth nur so, dass vorausgesetzt wird, der Auftraggeber habe seinen Auftrag als „Commission" bezeichnet [16]. Da nun in einem solchen Fall zwei einander widersprechende Erklärungen vorliegen, einmal die, in eigenem und dann die, in fremdem Namen abzuschliessen, so soll das Gesetz den möglichen Zweifel, welche derselben als massgebend anzusehen sei, lösen.

§. 10. **Von dem Auftraggeber bestimmt**, ist ungenau. Von wem die Offerte zum Abschluss des Mandats ausgegangen, ist gleichgültig [17]; von Bedeutung wird eine in ihr enthaltene Bestimmung nur, wenn dieselbe

schen dem Commissionsgeschäft und dem gewöhnlichen Mandat" (S. 744). Ebenso heisst es in zweiter Lesung: „Der Absatz diene ganz besonders dazu, das Eigenthümliche des Commissionsgeschäfts hervorzuheben, welches in der von der Absicht der Contrahenten beim Mandate abweichenden Verabredung zwischen dem Auftraggeber und Beauftragten liege, dass letzterer in eigenem Namen contrahiren solle" (Protok. S. 1185). Man darf hiernach wohl behaupten, dass sowohl die Verfasser des preussischen Entwurfs als die Nürnberger Conferenz eine Beschränkung der Bestimmung des Absatzes 3 auf einen ausdrücklich ertheilten Auftrag nicht festsetzen wollten.

[15]) Insbesondere kommen hierbei die früheren Vertragsabschlüsse in Betracht.

[16]) Man könnte vielleicht auch noch den Fall hierher zählen, wenn die Umstände, unter welchen der Auftrag ertheilt ist, darauf schliessen lassen, dass die Ertheilung einer Commission beabsichtigt sei; z. B. der Auftrag ist einem Kaufmann, welcher aus der Uebernahme von Commissionen ein Gewerbe macht, mit Bezug hierauf oder auf seine hierüber gemachte Annonce ertheilt.

[17]) Es ist gar nichts Ungewöhnliches, dass Jemand sich zur Uebernahme eines Mandats (nicht nur im Allgemeinen, sondern eines speciell umschriebenen) erbietet, den Anderen zur Ertheilung desselben veranlasst. Siehe Art. 362 Note 5.

von dem anderen Contrahenten acceptirt ist. Allerdings wird ein vom Mandanten in seiner Offerte ausdrücklich formulirt gewesener Punkt als eine Vertragsbestimmung erscheinen, aber dies gilt ebensowohl, wenn die betreffende Erklärung vom Mandatar ausgegangen war. **Art. 360.**

Das Adjectiv **kaufmännisch** findet sich im Gesetzbuch nur an dieser Stelle. Es dient nicht zur genaueren Bezeichnung einer bestimmten Art von Commission, sondern soll die Commission überhaupt charakterisiren, ist mithin ohne alle Bedeutung. — Im preussischen Entwurf und im Entwurf erster Lesung trägt unser Titel die Ueberschrift: „Von dem kaufmännischen Commissionsgeschäfte.“

Die Bezeichnung des Auftrags, im Namen des Auftraggebers abzuschliessen als **gewöhnlichen** ist incorrect, denn es ist unlogisch, demselben den Auftrag „im eigenen Namen“ abzuschliessen als einen qualificirten entgegenzusetzen. Es soll damit nur ausgedrückt werden, dass zur Beurtheilung eines solchen Auftrags lediglich die allgemeinen Grundsätze über Mandat, nicht aber die dieses Titels zur Anwendung kommen [18]).

Art. 361.

Der Commissionär hat das Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns im Interesse des Committenten gemäss dem Auftrage auszuführen; er hat dem Committenten die erforderlichen Nachrichten zu geben, insbesondere sofort nach der Ausführung des Auftrags davon Anzeige zu machen; er ist verpflichtet, dem Committenten über das Geschäft Rechenschaft zu geben und ihm dasjenige zu leisten, was er aus dem Geschäft zu fordern hat. **Art. 361.**

Preuss. Entwurf Art. 278. — Entwurf I. Lesung Art. 304. — Entwurf II. Lesung Art. 338.

Protok. S. 686 bis 688. — 1186.

„Der Commissionär steht zu dem Committenten in dem Verhältnisse eines Mandatars zum Mandanten; es finden daher, soweit nicht die eigen- §. 1.

[18]) Der dritte Absatz des Art. 277 des preussischen Entwurfs, welcher im Uebrigen mit dem dritten Absatz unseres Artikels übereinstimmt, enthält statt: „gewöhnlicher Auftrag zu einem Handelsgeschäft“ das Wort: „Vollmachtsauftrag“. Die Motive (S. 150) sagen: „Hatte der Auftraggeber bestimmt, dass das Geschäft auf seinem Namen abgeschlossen werden sollte, so liegt keine kaufmännische Commission, sondern ein gewöhnliches Mandat vor (vergl. französisches Handelsgesetzbuch Art. 92).“ Dieser Artikel lautet: „Les devoirs et les droits du commissionaire, qui agit au nom d'un commettant, sont déterminés par le Code civil, livrè III, titre XIII.“ Das Nämliche bestimmt das ebenfalls citirte holländische Handelsgesetzbuch Art. 79.

Art. 361. thümliche Natur der Commission entgegensteht, in dieser Hinsicht die allgemeinen Bestimmungen über Mandat Anwendung. Eine vollständige Einschaltung dieser Bestimmungen wäre natürlich nicht am Orte; dagegen schien es angemessen, wie dies auch mehrfach die neueren Handelsgesetzbücher gethan haben, einige der hauptsächlichsten Consequenzen aus der Mandatsnatur der Commission speciell hervorzuheben, um dadurch den Vorschriften des vorhergehenden Artikels eine grössese Anschaulichkeit zu geben.“ Motive zum preussischen Entwurf S. 150.

§. 2. Für die Aufnahme des Artikels wurde in den Verhandlungen geltend gemacht: „Der Artikel spreche zwar allerdings nichts Anderes aus, als was jeder Jurist und jeder ordentliche Kaufmann als durch die Natur des Commissionsgeschäfts bedingt ansehen würde. Aber eben weil diese Bestimmungen als naturgemäss erschienen, müsse man sie aufnehmen, damit auch die minder ordentlichen Leute sich danach zu richten gezwungen würden. Die fraglichen Bestimmungen seien übrigens in der That keineswegs überall ganz selbstverständlich, vielmehr sei deren Aufnahme z. B. für die preussischen Verhältnisse sehr wünschenswerth, weil dort die bestehende gesetzliche Regelung des Mandats und Commissionsgeschäfts nicht vollständig ausreiche.“ Protok. S. 686.

Der preussische Entwurf hatte dem Commissionär noch die Pflicht auferlegt, „vom Committenten die erforderlichen Anweisungen einzuholen“. Dieser Passus wurde „als zu streng und absolut gehalten und zu vieler Chicane Anlass gebend“ in zweiter Lesung gestrichen. Protok. S. 1186. Dadurch ist der Commissionär natürlich nicht der Verpflichtung enthoben, geeigneten Falls, z. B. bei der Veränderung der Umstände, unter welchen die Commission gegeben war, Anweisungen, soweit thunlich, einzuholen. Vergl. unten §. 6.

§. 3. **Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns.** S. Art. 282, Bemerkungen §. 2.

Der Commissionär ist im Zweifel berechtigt, die Ausführung der Commission einem Anderen zu übertragen, und haftet dann nur für culpa in eligendo [1]).

§. 4. **Im Interesse des Committenten gemäss dem Auftrage.** Der Commissionär hat bei Ausführung der Commission überall das Interesse des Committenten zur Richtschnur zu nehmen. Collidirt dasselbe mit seinem eigenen Interesse, so geht ersteres vor.

Er hat das Geschäft so vortheilhaft als möglich für den Committenten

[1]) Ausserdem hat er die ihm gegen den Substituten zustehenden Klagen dem Committenten zu cediren. Vergl. Ausführungen Auerbach's in Busch's Archiv Bd. VI, S. 326.

abzuschliessen und, soweit er damit betraut ist, für die gewissenhafte Erfüllung zu sorgen. Er hat also z. B. bei der Einkaufscommission insbesondere zu suchen die bestmögliche Waare um den niedrigsten Preis zu erhalten [2]), bei der Verkaufscommission muss er einen möglichst hohen Preis erstreben, dabei aber, wenn er befugt ist auf Credit zu verkaufen [3]), auf die Creditwürdigkeit des Käufers einen vorzüglichen Augenmerk richten. **Art. 361.**

Das Interesse des Committenten ist, soweit kein Auftrag im Einzelnen gegeben ist, die alleinige Richtschnur für den Commissionär. Soweit ein solcher Auftrag vorliegt [4]), ist dieser zu befolgen, selbst dann, wenn zwischen dem Inhalt des Auftrags und der Ueberzeugung des Commissionärs von dem Interesse des Committenten ein Gegensatz auftritt. Der Commissionär ist von aller Verantwortung frei, wenn er, obwohl gegen seine Ueberzeugung, den Auftrag befolgt [5]). Daher die Parömie: „Parire Ordre und thue Unrecht." Weicht er vom Auftrag ab, so thut er dies auf seine Gefahr. Dieser Satz gilt unbedingt, sobald der Auftrag sich selbst als einen streng zu befolgenden bezeichnet [6]) oder sobald aus der sonstigen Fassung desselben und den Umständen hervorgeht, dass er so gemeint ist.

Ist dies nicht der Fall [7]) und ergiebt sich eine Collision zwischen dem Auftrag und der Ueberzeugung des Commissionärs von dem wahren Interesse des Committenten, so kann der Commissionär unter Umständen berechtigt erscheinen, die Commission entweder nicht auszuführen oder bei Ausführung vom Auftrag abzuweichen. Ja die Verhältnisse können sich so gestalten, dass ein solches Verfahren geboten erscheint. Ist es z. B. evident, dass der Committent, wenn er die Geschäftsverhältnisse am Ort der Ausführung überhaupt oder die besondere Geschäftslage zur Zeit der Ausführung gekannt hätte, den Auftrag nicht oder nicht wie geschehen gegeben haben würde, so ist der Commissionär nicht nur berechtigt, sondern möglicher Weise sogar verpflichtet, die Ausführung zu §. 5.

2) Ob er die bessere Waare um einen höheren Preis oder eine weniger gute um einen niedrigeren Preis zu erhaltende vorziehen soll, ist seinem Ermessen überlassen. Er hat dabei die ihm bekannten allgemeinen Verkehrsverhältnisse und die besonderen Geschäftsgewohnheiten des Committenten zu berücksichtigen.

3) Siehe Art. 369 und Bemerkungen dazu.

4) Hierunter sind auch die allgemein ertheilten bei Abschluss des Geschäfts zu beobachtenden Verhaltungsmassregeln begriffen.

5) Siehe jedoch über die Verpflichtung des Commissionärs, den Committenten von der Veränderung der Umstände zu benachrichtigen, unten §. 6.

6) Z. B. dem Limito ist der Zusatz beigefügt: „nicht über (beziehungsweise unter) demselben."

7) Darunter wird z. B. die Bezugnahme auf frühere Käufe und Verkäufe, namentlich wenn diese zu verschiedenen Preisen effectuirt worden waren, fallen.

Ein Auftrag kann nach einzelnen Richtungen hin ganz präcis ertheilt, nach anderen mehr unbestimmt gefasst sein.

Art. 361. unterlassen, beziehungsweise zu modificiren. Letzteres wird insbesondere in Bezug auf Nebenpunkte zulässig sein. Z. B. der Auftrag ging dahin, die Waare auf dem Fluss zu versenden oder mittelst Segelschiffs. Der beginnende Eisgang liess aber die Versendung zu Wasser oder mit Segelschiff riskant erscheinen, und Verzögerung der Absendung war offenbar gegen das Interesse des Committenten. Der Commissionär expedirt deswegen mit Eisenbahn oder mit Dampfboot. Man wird jedoch bei Annahme einer solchen Evidenz äusserst vorsichtig sein müssen, und dies um so mehr, je präciser der Auftrag lautet, mit je grösserer Sicherheit zu vermuthen ist, dass der Committent mit der gehörigen Umsicht gehandelt hat, und je weniger klar die Motive seines Handelns vorliegen. Bei einer Einkaufscommission ist also der Umstand allein, dass die bisher niedrigeren Preise plötzlich unvermuthet gestiegen sind, oder dass die bisherige steigende Tendenz sich in eine sinkende verwandelt hat und das Sinken voraussichtlich noch weiter fortschreiten wird, nicht genügend, den Auftrag nicht oder zur Zeit nicht auszuführen [8]. Meistens wird nur die durch den Eintritt ausserhalb der Möglichkeit der Voraussicht liegender Ereignisse bedingte Umänderung der Verhältnisse Berücksichtigung verdienen, vorausgesetzt, dass nicht aus den den Auftrag begleitenden Umständen oder früheren Vorkommnissen eine Interpretation des Auftrags selbst zu entnehmen ist. Z. B. der Committent hat in früheren ähnlichen Fällen, in welchen der Commissionär den Auftrag nicht ausgeführt oder modificirt hatte, seine Zufriedenheit mit diesem Verfahren ausgesprochen, oder er hatte dem Commissionär die Absicht, welche er durch das aufgetragene Geschäft erreichen wollte, mitgetheilt, und die thatsächlichen Verhältnisse haben sich so gestaltet, dass diese Absicht nicht erreicht werden kann [9].

Auf die Veränderung der Umstände wird dann besonders Gewicht

[8]) Bei einer Einkaufs- oder Verkaufscommission wird insbesondere zu erwägen sein, ob der Committent dieselbe zum Zweck der Befriedigung seines augenblicklichen Bedarfs oder zur schleunigen Verwerthung seines Vorraths ertheilt, oder ob er dabei eine weitergehende Speculation im Auge gehabt hat. Im ersteren Fall wird eine Abweichung leichter gerechtfertigt sein, als im letzteren. Im letzteren Fall wird freilich auch regelmässig der Auftrag schon an sich als ein streng zu befolgender erscheinen.

[9]) Z. B. der Commissionär erhält Auftrag bestimmte Waaren zu kaufen und an einen anderen Ort zu schicken, um sie dort verkaufen zu lassen. Er erfährt aber, dass der dortige Markt überfüllt ist, so dass die Speculation entschieden missglücken würde (man erinnere sich an die ersten Zeiten nach der Entdeckung der Goldlager in Californien). Oder der Commissionär erfährt, dass am Consignationsort die Waaren mit höheren Steuern belegt worden sind, oder dass der bezeichnete Consignatar faillirt hat.

In manchen Fällen kann der Commissionär, auch ohne Mittheilung darüber erhalten zu haben, die beabsichtigte Speculation aus den Umständen erkennen.

zu legen und der Commissionär nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sein, den Auftrag nicht auszuführen oder zu modificiren, wenn der Committent sich vorher nach dem Stand der einschlagenden Verhältnisse bei dem Commissionär erkundigt und mit Bezug auf die erhaltene Belehrung den Auftrag gegeben hatte. **Art. 361.**

Eine derartige Nichtausführung oder Abweichung ist jedoch immer nur gerechtfertigt, wenn der Commissionär nicht in der Lage war, bevor er handelte oder nicht handelte, den Committenten von der veränderten Sachlage zu benachrichtigen und Instructionen einzuholen. §. 6.

Die bona fides verlangt eine solche Benachrichtigung überhaupt, sobald die Umstände sich so verändern, dass wenigstens die Möglichkeit gegeben ist, der Committent werde sich dadurch bestimmen lassen, den Auftrag zurückzunehmen oder zu modificiren oder die schon begonnene Ausführung zu sistiren. Derartige Nachrichten gehören zu den **„erforderlichen Nachrichten“**, zu deren Mittheilung das Gesetz den Commissionär verpflichtet. Versäumt er dies, so steht er für den Schaden ein.

Zu diesen Anzeigen rechnet der Artikel insbesondere auch die **sofortige Anzeige von der Ausführung des Auftrags.** Das Interesse des Committenten, diese sobald als möglich zu erhalten, ist evident. Durch die Versäumung oder Verzögerung der Anzeige macht der Commissionär sich dem Committenten schadensersatzpflichtig. §. 7.

Als eine Abweichung vom Auftrag erscheint es in der Regel nicht, wenn das Geschäft unter Bedingungen abgeschlossen wird, welche für den Committenten vortheilhafter sind, vielmehr ist z. B. jede feste Summe, welche als Kaufpreis festgesetzt ist, im Zweifel als Limito aufzufassen, so dass das Mandat, wenn möglich, um eine höhere Summe zu verkaufen, beziehungsweise um eine kleinere einzukaufen als stillschweigend zugleich ertheilt erscheint. Möglicherweise kann jedoch der Committent auch nicht beabsichtigen, dass zu vortheilhafteren Bedingungen, als er angegeben, abgeschlossen werde, indem er z. B. à la hausse oder à la baisse speculirt. Ist diese Absicht erklärt oder kennt der Commissionär sie, so ist eine Abweichung vom Auftrag nicht gestattet. §. 8.

Hat der Committent Bestimmungen über die Zeit, wann der Auftrag ausgeführt werden soll, gegeben, so hat der Commissionär diese Anweisungen zu befolgen. Auch ohne dass es ausdrücklich erklärt ist, kann die Absicht des Committenten, dass sofort ausgeführt werden soll, evident sein. Dies ist namentlich dann anzunehmen, wenn die Waare, auf welche der Auftrag geht, bedeutenden Coursschwankungen unterworfen ist und der Committent auf dieselben speculirt, was insbesondere wieder §. 9.

Art. 361. aus der Wahl des Mittels, durch welches er den Auftrag an den Commissionär gelangen lässt (z. B. durch Telegraph, Expressen) hervorgehen kann. Ja bei einem derartigen Auftrag wird die Absicht des Committenten oft so sehr darauf gerichtet sein, dass der Commissionär genau in der Zeit, in welcher der Committent deren Eingang beim Commissionär erwarten konnte, ausgeführt werde, dass jede Ausführung nach diesem Zeitpunkt nicht als die mandirte erscheint, dass also auch, wenn z. B. die Commission verspätet eintrifft, der Commissionär sie nicht mehr auszuführen hat. Ebenso wird der Auftrag auf Versendung von Waaren, auf Assecuranz als ein sofort auszuführender anzusehen sein, hierbei aber die Annahme, dass spätere Ausführung ausgeschlossen sei, nicht leicht Platz greifen.

§. 10. Ist eine bestimmte Absicht des Committenten hinsichtlich der Zeit der Ausführung nicht erkennbar, so ist im Allgemeinen der Commissionär zur sofortigen Ausführung verpflichtet, allein es ist seinem Ermessen insofern ein gewisser Spielraum gelassen, als, wenn er Ursache zur Annahme hat, dass das Interesse des Committenten durch Zuwarten gewahrt würde, er berechtigt, ja unter Umständen selbst verpflichtet erscheint, mit der Ausführung zu warten. Z. B. der Einkaufscommissionär hält ein Fallen, der Verkaufscommissionär ein Steigen der Preise für wahrscheinlich, oder der erstere erwartet, dass bessere Waare auf den Markt kommen werde, der letztere hat die Aussicht, dass sich solidere Käufer finden werden. Ob ein Einkaufs- oder Verkaufspreis festgesetzt ist oder nicht, hat hierauf an sich keinen Einfluss, da ja dadurch in der Regel nur eine Limitirung des Auftrags vorgenommen ist, welche als solche das in der Commission stillschweigend enthaltene Mandat, möglichst vortheilhafte Bedingungen zu erzielen, nicht ausschliesst (s. o. §. 9).

§. 11. **Rechenschaft zu geben.** „Der Consignatär oder Commissionär ist, wie jeder gewöhnliche Mandatar, seinem Auftraggeber über das für ihn erledigte Geschäft auskunftspflichtig, und zugleich schuldig, diese Auskunft, soweit es den Umständen nach für erforderlich zu achten ist, zu bewahrheiten. Eine Präsumtion dahin, dass der Mandatar das Interesse des Mandanten gehörig gewahrt habe, existirt nicht, und die Bebürdung dieses letzteren mit dem Beweise, dass ein von jenem behauptetes, ungünstiges Ergebniss der Geschäftsausführung einer besondern Verschuldung desselben beizumessen sei, würde ihn, den Mandanten, in eine ungehörige und unnatürliche nachtheilige Lage bringen.

Es kommt indessen hierbei wesentlich auf die Grenzen der dem Mandatar und speciell dem Commissionär oder Consignatär obliegenden Auskunfts- und Justificationspflicht an. Diese ist nach der Verschieden-

heit der Fälle verschieden zu bestimmen. Je weiter der Bereich ist, welcher dem Ermessen des Commissionärs freigelassen worden war, eine desto grössere Bedeutung darf dieser schon seinen blossen — eventuell eidlichen — Erklärungen beilegen. (Vergl. Hamb. Statut II, 12, 8; Lüb. Statut III, 6, 20.) Ferner kommt es auf die Punkte an, auf welche die Monita und das Justificationsverlangen des Committenten gerichtet sind. Während das gewöhnliche und ordentlicher Weise vorkommende meistens einer Bewahrheitung nicht bedarf, muss der Commissionär in solchen Fällen, in welchen das vorgelegte Resultat der Geschäftsausführung in erheblichem Masse ungünstig sich darstellt, nachweisen, dass den äusseren Umständen, nicht seinem Verhalten, der eingetretene Nachtheil beizumessen sei" [10]). **Art. 361.**

„Das Gericht ist dadurch, dass der Gewaltgeber solche Ansätze [11]) des Gewalthabers im Allgemeinen beanstandet, nicht genöthigt, auf Beweis zu erkennen, sofern es solche Ansätze nach billigem Ermessen nicht für übertrieben erachtet; denn im Handelsverkehr wird auf Treu und Glauben gerechnet, werden für solche herkömmliche, in der Regel durch gleichmässige Uebung dem Betrage nach festgestellte, verhältnissmässig unbedeutende Auslagen und Abgänge keine Belege angeschafft und demjenigen, welcher dem Anderen wegen eines Werths von Tausenden von Gulden Vertrauen schenkt, kommt ein Mäkeln an unbedeutenden Auslageansätzen und Abzugsposten nicht zu" [12]).

„Nach dem bei Consignationsgeschäften nicht ungerechtfertigt erscheinenden Grundsatze, dass der Absender, welcher dem Commissionär seine Waare anvertraue, auch in dessen Rechnung Vertrauen zu setzen verbunden sei, kann es im Allgemeinen gebilligt werden, wenn da, wo die völlige Justification streitiger Posten entweder überhaupt nach der Natur, wie z. B. bei Porto [13]), Tagelöhnen, oder nach den besonderen Orts- und Zeitverhältnissen, oder in Folge des inzwischen durch Schuld des Committenten verstrichenen längeren Zeitraums mittelst sonst üblicher Beweismittel nicht beschafft werden kann, der Commissionär zu eidlicher

[10]) Erkenntniss des Oberappellationsgerichts in Lübeck vom Jahr 1861, in Seuffert's Archiv Bd. XV, Nr. 45.

[11]) D. i.: „Die üblichen Ansätze für Maklerlohn (courtage), Keller- und Speicherzins, Schwand oder Abgang (decalo)."

[12]) Erkenntniss des Oberhofgerichts in Mannheim vom Jahr 1858, in Seuffert's Archiv Bd. XV, Nr. 47.

[13]) Thöl führt in seinen ausgewählten Entscheidungsgründen des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte unter Nr. 164 bis 167 mehrere Erkenntnisse dieses Gerichts an, in welchen eine specielle Justificirung des aufgewendeten Briefporto sowie anderer kleiner Posten (z. B. Versicherungsprämie) beziehungsweise eidliche Bestärkung des Betrags derselben, sobald dieser sich nicht als übermässig darstellt, nicht gefordert wird.

Art. 361. Bestärkung seiner Abrechnung zugelassen wird. Indessen muss doch diese Befugniss des Commissionärs zu eidlicher Justification seiner eigenen Rechnung, wie jede Ausnahme von der Regel, angemessener Einschränkung unterliegen, und da cessiren, wo entweder besondere Verdachtsgründe gegen die Richtigkeit der Rechnung und die Gewissenhaftigkeit des Ausstellers obwalten oder doch letzterem selbst die Unthunlichkeit anderweiten Beweises zu gegründetem Vorwurfe gereicht [14]).“

Beruhigt sich der Committent bei der Rechnungslegung oder einzelnen Angaben derselben, ohne nähere Belege zu fordern, so widerspricht es der bona fides, solche erst nach längerer Zeit zu verlangen, nach deren Ablauf der Commissionär sich ausser Stand befindet, dieselbe noch zu beschaffen [15]).

Art. 362.

Art. 362. Handelt der Commissionär nicht gemäss dem übernommenen Auftrage, so ist er dem Committenten zum Ersatze des Schadens verpflichtet; der Committent ist nicht gehalten, das Geschäft für seine Rechnung gelten zu lassen.

Preuss. Entwurf Art. 279. — Entwurf I. Lesung Art. 305. — Entwurf II. Lesung Art. 339.

Protok. S. 688 bis 694. — 1186. — 5087.

§. 1. Der Artikel schliesst sich an den ersten Satz des Art. 361 an, dessen Ergänzung er enthält [1]).

Die ausgesprochenen Rechtsfolgen der nicht vertragsmässigen Ausführung, Anspruch auf Schadensersatz und Befugniss zur Zurückweisung des Geschäfts sind in umgekehrter Reihenfolge zu betrachten.

§. 2. I. Hat der Commissionär das Geschäft nicht auftragsgemäss abgeschlossen, genauer zeigt der Commissionär dem Committenten an, dass er

[14]) Erkenntniss des Oberappellationsgerichts zu Lübeck vom Jahr 1853, in Seuffert's Archiv Bd. VII, Nr. 309.

[15]) Vergl. Thöl, Entscheidungsgründe Nr. 170.

[1]) In erster Lesung erhielt der Artikel noch den Zusatz: „er (der Committent) kann aber die veräusserte Waare von dem dritten redlichen Besitzer nicht zurückfordern.“ Nachdem in dritter Lesung der in dem jetzigen Artikel 306 ff. enthaltene allgemeine Grundsatz angenommen worden war, wurde diese einzelne Anwendung desselben als überflüssig gestrichen. Protok. S. 5087.

zum Zweck der Ausführung der Commission ein Geschäft abgeschlossen habe, entspricht aber dieses Geschäft nicht dem ertheilten Auftrag, so kann der Committent erklären, dass er dieses Geschäft als ein anderes als das aufgetragene Geschäft ansehe [2]. Er ist dadurch von jeder Verpflichtung zum Ersatz der für dieses Geschäft gemachten Verwendungen, zur Zahlung der Provision etc. befreit [3]. **Art. 362.**

Es ist hierbei völlig gleichgültig, ob die Commission überhaupt dem Auftrag gemäss ausgeführt werden konnte oder nicht, und ob im letzteren Fall der Commissionär bei der Ausführung das Interesse des Committenten mit der erforderlichen Sorgfalt gewahrt hat oder nicht. Der Umstand allein, dass das Geschäft nicht auftragsgemäss ausgeführt ist, berechtigt zur Zurückweisung desselben.

§. 3. Besteht jedoch das Nichtauftragsmässige der Ausführung darin, dass dasjenige, was dem Committenten aus dem Geschäft zukommt, ein Minus, oder dasjenige, was er aus demselben zu leisten hat, ein Plus von dem ist, was er aus dem auftragsgemäss abgeschlossenen Geschäft hätte erhalten oder aus demselben leisten sollen, so kann der Commissionär den Committenten dadurch zur Anerkennung des Geschäfts zwingen, dass er selbst die Differenz übernimmt. Durch diese Uebernahme hat nun das Geschäft für den Committenten dieselbe rechtliche Bedeutung, wie wenn es von vornherein auftragsgemäss abgeschlossen worden wäre. Das Interesse des Committenten ist nicht verletzt, und es würde der bona fides widersprechen, wenn er die Anerkennung verweigern wollte. Der Commissionär kann diese vermittelst einer exceptio, beziehungsweise replicatio doli durchsetzen [4].

Dazu genügt jedoch nicht, dass der Commissionär sich, nachdem der Committent die Anerkennung des Geschäfts verweigert hat, zur Uebernahme des Unterschieds erbietet, denn der Committent war in seinem Recht, als er die Nichtanerkennung des ihm als nicht auftragsgemäss abgeschlossen angezeigten Geschäfts aussprach. Um den Committenten in die Lage zu versetzen, die Anerkennung des Geschäfts nicht versagen zu können, muss er sofort bei der Ausführungsanzeige die betreffende Erklärung abgeben.

§. 4. Eine unbedingt abgegebene Erklärung dieser Absicht würde nun freilich mit den Erwägungen, von welchen der Commissionär bei dem von ihm befolgten Verfahren sich hatte leiten lassen, nicht harmoniren.

[2] L. 5. pr. D. mandati. Nam qui excessit (fines mandati) aliud quid facere videtur.

[3] Ob damit auch die Commission selbst aufgehoben erscheint, oder als noch fortdauernd anzusehen ist, ist quaestio facti.

[4] L. 5. D. §. 3 mandati.

Art. 362. Denn abgesehen von den Fällen, in welchen der Commissionär bei Abschliessung des Geschäfts sich einer Nachlässigkeit schuldig gemacht hat, wird der Grund, warum er die Grenzen des Auftrags nicht eingehalten hat, meistens darin liegen, dass er dabei im Interesse des Committenten zu handeln glaubte, insbesondere weil er nur auf diese Weise das Geschäft überhaupt ausführen konnte. Zwar weiss er, dass der Committent nicht zur Anerkennung des Geschäfts verpflichtet ist, er geht aber davon aus, dass derselbe die Ueberschreitung des Auftrags, sobald er von der Sachlage in Kenntniss gesetzt wird, billigen werde, und versieht sich dessen nicht, dass er den betreffenden Unterschied selbst werden decken müssen. Macht nun der Commissionär dem Committenten die entsprechende Anzeige, so erscheint dies rechtlich als die Offerte einer neuen Commission, darauf gehend, das Geschäft so abzuschliessen, wie es der Commissionär wirklich abgeschlossen hatte, beziehungsweise als die Offerte einer Modification der ursprünglichen Commission nach dieser Richtung [5]). Acceptirt der Committent dies neue Geschäft oder diese Modification des früheren, so sind damit die Wirkungen der Mandatsüberschreitung beseitigt. Acceptirt der Committent nicht, so steht es ihm frei, das Geschäft nicht für seine Rechnung gelten zu lassen.

Liegt es nun also auch im Interesse des Commissionärs, welcher das Geschäft nicht auftragsgemäss ausgeführt hat, zunächst zu versuchen, den Committenten zur Anerkennung des Geschäfts zu bestimmen, so setzt er sich andererseits doch dem aus, dass der Committent das Geschäft nicht anerkennt. Im Hinblick auf diese Eventualität wird nur der Commissionär erwägen, ob es seinem Interesse mehr entspricht, dass das Geschäft auf seine Rechnung geht, oder dass er die oben erwähnte Differenz zu erstatten übernimmt [6]). Ist das letztere der Fall, so kann

[5]) Wenngleich meistens die Commissionsofferte vom Committenten ausgeht, so ist doch nicht ausgeschlossen, dass der Commissionär sie stellt, d. h. sich zur Uebernahme, beziehungsweise Ausführung eines Auftrags erbietet, und es steht dem auch der Umstand, dass der Abschluss des Geschäfts, auf welchen die Commission geht, schon erfolgt ist, nicht entgegen.

[6]) Bei der Einkaufscommission z. B. wird der Commissionär dann wohl thun, sich zum Ersatz der Differenz zu erbieten, wenn er vermuthet, dass zur Zeit, in welcher er die Entschliessung des Committenten erfährt, der Marktpreis der Waare niedriger als das gesetzte Limito stehen wird. Umgekehrt wird er das Erbieten nicht stellen, wenn er vermuthet, dass zur betreffenden Zeit der Marktpreis höher steht. Beispiel: Einkaufslimito 100, wirklicher Kaufpreis 102. Sinkt der Kaufpreis unter 100, leidet also der Commissionär, wenn er bei Zurückweisung des Einkaufs die Waare anderweit verkauft, jedenfalls einen Verlust von mehr als 2, so steht er sich besser, wenn er das eventuelle Erbieten gestellt hat, bei welchem er höchstens einen Verlust von 2 riskirt. Steigt dagegen der Kaufpreis über 100, so erleidet der Commissionär bei anderweitem Verkauf der Waare entweder keinen Schaden oder doch jedenfalls nur einen geringeren als 2, steht also besser, wenn er das Erbieten nicht gestellt hatte.

er mit der Anzeige der nicht auftragsmässigen Ausführung des Geschäfts das Erbieten, die Differenz selbst zu übernehmen, als ein eventuelles, d. h. für den Fall der Nichtanerkennung des Geschäfts gegebenes verbinden. **Art. 362.**

§. 5. Man könnte vielleicht versucht sein, den Vortheil, welchen die Möglichkeit, das erwähnte Erbieten nur eventuell auszusprechen, dem Commissionär gewährt, als einen zweifelhaften zu bezeichnen, indem man davon ausginge, der Committent werde von den zwei ihm gegebenen Möglichkeiten, das nicht auftragsgemäss abgeschlossene Geschäft als solches anzuerkennen, oder das Erbieten zum Ersatz der Differenz anzunehmen, immer die ihm vortheilhaftere zweite wählen. Allein man würde hierbei übersehen, dass zwischen dem Committenten und dem Commissionär sehr häufig eine dauernde Geschäftsverbindung besteht, deren Fortdauer der Committent um eines augenblicklichen Gewinns willen nicht gern durch ein unbilliges Verfahren aufs Spiel setzen wird, und dass ja der Commissionär bei der Erwägung der Frage, ob er sich eine Abweichung vom Auftrage erlauben solle, im Voraus überlegen wird, ob er erwarten kann, dass der Committent ratihabiren oder befürchten müsse, dass derselbe unbilliger Weise das eventuelle Erbieten annehmen werde [7]).

§. 6. Im Gesetzbuch ist dieses Verfahren für den Fall, wenn der Einkaufscommissionär den gesetzten Einkaufspreis überschritten hat, ausdrücklich als rechtlich zulässig anerkannt. Nach den vorstehenden Ausführungen beruht diese Zulässigkeit aber nicht in der Besonderheit dieses Falls, sondern muss überall anerkannt werden, wo die oben aufgestellten Voraussetzungen vorliegen. Diese aber können auch bei der Verkaufscommission (wenn unter dem gesetzten Preis verkauft ist) [8]) und bei sonstigen Commissionen, z. B. wenn der Commissionär ein Schiff für zu hohen Preis gechartert oder für einen zu niedrigen Preis verchartert, wenn er dem Versicherer eine zu hohe Prämie verwilligt hat etc. etc., vorkommen.

§. 7. In wie weit ein einfaches Erbieten in Worten zur Uebernahme der Differenz genügt, oder eine Realoblation oder wenigstens Sicherheitsleistung erforderlich sei, ist nicht allgemein zu bestimmen. Wird z. B. bei einer Einkaufscommission dem Committenten die Waare sofort durch Vermittlung des Commissionärs geliefert, so ist eine Deckung nicht erforderlich, denn für den Kaufpreis, also auch für den das Limito über-

7) Vergl. die in den Bemerkungen zu Art. 364 §. 1 abgedruckte Stelle aus den Protokollen S. 691 von den Worten an: „Auf den Einwand etc.“

8) Insbesondere kommt dies in dem Fall in Betracht, wenn das zu verkaufende Commissionsgut dem Commissionär nicht übertragen worden war. S. Bemerkungen zu Art. 363 §. 8. 9.

Art. 362. steigenden Betrag desselben hat ja dem Dritten allein der Commissionär zu haften. Anders, wenn der Dritte angewiesen ist, die Waare dem Committenten direct zu liefern und von diesem den Kaufpreis zu erheben. (Diese Bestimmung setzt nicht nothwendig ein Abschliessen im Namen des Committenten voraus, sie kann auch beim Abschluss des Commissionärs in eigenem Namen vorkommen.) In diesem Fall kann der Committent unter Umständen Deckung für die Differenz verlangen. Ebenso in dem Fall, wenn bei einer Verkaufscommission, bei welcher die Waare dem Commissionär nicht tradirt ist (s. Note 8), der Commissionär unter dem Limito verkauft hat und Differenz offerirt.

§. 8. II. Der Committent kann den ihm aus der Nichterfüllung der Commission entstandenen Schaden geltend machen. Es ist hierbei völlig gleichgültig, ob der Commissionär überhaupt kein Geschäft, oder ob er ein solches abgeschlossen hat, welches der Committent mit Recht nicht als auftragsmässiges anerkannt hat.

Voraussetzung dieses Anspruchs ist, dass der Commissionär im Stand war die Commission in der Weise, wie sie ertheilt war, auszuführen. War die Commission sofort auszuführen, so erscheint die Versäumniss der Gelegenheit an sich (ohne besondere Entschuldigungsgründe) als culpos; war die Zeit der Ausführung ins Ermessen des Commissionärs gestellt [9]), so ist im einzelnen Fall zu untersuchen, ob nach Lage der Umstände anzunehmen ist, dass in der Versäumung der günstigen Gelegenheit ein Verschulden des Commissionärs zu finden ist.

§. 9. Ueber die Berechnung des Schadens selbst lässt sich nichts Allgemeines aufstellen. Massgebend werden die Umstände des einzelnen Falls. Hat z. B. der zum Nehmen einer Versicherung beauftragte Commissionär culpos die Commission nicht ausgeführt, so besteht, wenn die zu versichernde Sache durch die betreffende Gefahr untergegangen oder beschädigt worden ist, der Schade in dem, was aus der auftragsgemäss abgeschlossenen Versicherung der Committent netto erhalten haben würde. Hatte aber der Committent noch Gelegenheit selbst Versicherung zu nehmen, so besteht der Schade in der Differenz zwischen den Prämien, beziehungsweise zwischen dem Nettobetrag, welchen der Committent aus dem mandirten Versicherungsvertrag erhalten hätte, und dem, welchen er aus der später abgeschlossenen Versicherung wirklich erhalten hat, oder aus derselben, wenn er sie abgeschlossen hätte, erhalten haben würde [10]).

[9]) Siehe oben Bemerkungen zu Art. 360 §. 10.

[10]) Z. B. der Committent war in Folge der Versäumniss des Commissionärs veranlasst, bei einem anderen Versicherer Versicherung zu nehmen, welcher ungünstigere Bedingungen bot, oder der Umstand, dass die Versicherung später

III. Billigt der Committent das nicht auftragsgemäss abgeschlossene Geschäft, so kann er nachträglich keinen Schadensanspruch aus der Nichtauftragsmässigkeit geltend machen. — Nicht jede Nichtzurückweisung aber enthält eine Billigung. Der Committent kann vielmehr bei der Erklärung, das Geschäft nicht absolut zurückweisen zu wollen, seine Schadensansprüche reserviren. Der Grund seines Schadensanspruchs ist aber nicht der, dass das Geschäft nicht auftragsgemäss ausgeführt ist (diese Thatsache begründet nur sein Recht zur Zurückweisung des Geschäfts). Andererseits braucht er aber auch nicht, wie im vorigen Fall unter II. (wenn er das Geschäft zurückweist und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert), zu beweisen, dass das Geschäft auftragsgemäss hätte ausgeführt werden können. Der Grund seines Schadensanspruchs ist vielmehr der, dass der Commissionär nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns bemüht gewesen ist, das Geschäft im Interesse des Committenten gemäss dem Auftrag auszuführen. Hat mithin der Commissionär, indem er das Geschäft so, wie geschehen, ausgeführt hat, mit der erforderlichen Sorgfalt gehandelt, so ist eine Schadensforderung gegen ihn nicht begründet. Hat er nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gehandelt, so ist er, soweit dies der Fall, schadensersatzpflichtig. Der geltend zu machende Schade besteht also in der Differenz zwischen dem Interesse, welches das Geschäft, wenn es mit der erforderlichen Sorgfalt ausgeführt worden wäre, für den Committenten gehabt haben würde, und dem Interesse, welches dasselbe, wie es ausgeführt ist, für denselben hat. Das Interesse, welches das Geschäft, wenn es völlig auftragsgemäss ausgeführt worden wäre, für den Committenten gehabt haben würde, kommt dabei nicht in Betracht. Insbesondere wird also auch der Umstand, dass ein Limito gesetzt war, nicht zu berücksichtigen sein. Es würde jeder rechtlichen Begründung ermangeln, wenn man z. B. den Schaden in der Differenz zwischen dem Limito und dem wirklich gegebenen Kaufpreis erkennen wollte [11]). Art. 362. §. 10.

IV. Bei der besprochenen Art der Schadensberechnung ist voraus- §. 11.

genommen wurde, bewirkte, dass sie nur unter ungünstigeren Bedingungen abgeschlossen werden konnte. (Vom Schiff waren seit längerer Zeit keine Nachrichten eingetroffen, es waren in der Zwischenzeit Stürme eingetreten, Nachrichten über Seeräubereien angelangt etc.)

[11]) Damit ist nicht gesagt, dass der Betrag des geltend zu machenden Schadens immer geringer als diese Differenz sein müsse. Es kann auch vorkommen, dass der Commissionär, welcher nicht auftragsgemäss abschliesst, bei der Anwendung der erforderlichen Sorgfalt zu noch günstigeren Bedingungen hätte abschliessen können, als in dem Auftrag enthalten waren. In diesem Fall ist dieser mögliche günstigere Abschluss der Schadensberechnung zu Grund zu legen.

Art. 362. gesetzt, dass durch die (nicht auftragsmässige) Ausführung der Commission eine Veränderung des Vermögens des Committenten nicht vorgenommen worden ist. Ist aber eine solche Vermögensveränderung Folge der Ausführung, so ist auch der dadurch verursachte Schade in Betracht zu ziehen. Der Hauptfall ist der der Verkaufscommission, bei welcher das zu verkaufende Gut dem Commissionär übergeben und von diesem dem Dritten tradirt ist. In welcher Weise sich hier die Schadensforderung gestaltet, ist bei Besprechung des folgenden Artikels zu untersuchen.

§. 12. V. Ist entweder im Allgemeinen, oder nach einer einzelnen Richtung hin ein bestimmter Auftrag nicht gegeben, insbesondere also kein Limito gesetzt, so kommen die in diesem Artikel enthaltenen Rechtssätze ebenfalls zur Anwendung. Als aufgetragen gilt diejenige mögliche Ausführung, welche dem Interesse des Committenten am meisten entspricht. Die einzige Modification, welche die entwickelten Sätze erfahren, ist die, dass im Fall Nr. II. bei der Schadensberechnung ebenfalls, wie bei Nr. III., von dem Interesse auszugehen ist, welches die mit der erforderlichen Sorgfalt vorgenommene Ausführung für den Committenten gehabt haben würde.

Art. 363.

Art. 363. Hat der Commissionär unter dem ihm gesetzten Preise verkauft, so muss er dem Committenten den Unterschied im Preise vergüten, sofern er nicht beweist, dass ein Verkauf zu dem gesetzten Preise nicht ausgeführt werden konnte und die Vornahme des Verkaufs von dem Committenten Schaden abgewendet hat.

Preuss. Entwurf Art. 279. — Entwurf I. Lesung Art. 306. — Entwurf II. Lesung Art. 340.

Protok. S. 688 bis 694. — 1188 f. — 4622 bis 4625. 5091.

§. 1. I. Es trägt zur Vereinfachung der Interpretation des Artikels bei, wenn zunächst (§. 1 bis 7) von der Voraussetzung ausgegangen wird, dass der Committent die zu verkaufende Waare dem Commissionär übergeben und dieser sie dem dritten Käufer zur Erfüllung des abgeschlossenen Verkaufs übertragen hatte.

§. 2. Der Committent, welcher ein Verkaufslimitum setzt, erklärt damit, dass seine Speculation darauf gerichtet sei, einen Kaufpreis von minde-

stens diesem Betrag zu erzielen, dass er mithin den Verkauf unter dem Limitum für nicht vortheilhaft halte, und dass derselbe daher nicht vorgenommen werden solle. Er ist also, wenn der Commissionär die um einen niedrigeren Preis verkaufte Waare dem Käufer tradirt und sie dadurch dem Committenten entzogen hatte (Art. 306 ff. Vergl. Art. 362 Note 1), ermächtigt, jedenfalls [1]) den Unterschied zwischen dem Limitum und dem wirklich erhaltenen Kaufpreis als Schaden zu betrachten [2]). Dass dieser Schaden möglicher Weise ganz oder zum Theil ein lucrum cessans ist, ja dass vielleicht der erzielte Kaufpreis selbst noch ein lucrum enthält, ist gleichgültig. Der Committent kann das Limitum beliebig hoch festsetzen. Selbst wenn dasselbe ersichtlich so hoch gegriffen sein sollte, dass die Realisirung des Verkaufs sich als höchst unwahrscheinlich darstellt, ist eine Minderung nicht zulässig. Die Unverkäuflichkeit des Commissionsguts berührt lediglich den Committenten. Der Commissionär ist für seine etwaigen Forderungen gedeckt durch das ihm zustehende Pfandrecht (Art. 374) und das Verkaufsrecht des Art. 366. Auf Realisiren des Verkaufs zum Zweck des Verdienens der Provision hat er kein Recht; ihm stand die Ablehnung des Antrags und steht jedem Augenblick die Kündigung der Commission frei. Art. 363.

Gegen die Geltendmachung dieses Schadens lässt das Gesetz nur einen Einwand zu [3]), nämlich den, „dass der Verkauf zum gesetzten Preis nicht ausgeführt werden konnte und die Vornahme des Verkaufs von dem Committenten Schaden abgewendet hat" [4]). §. 3.

[1]) Ueber möglicher Weise weiter gehende Ansprüche s. u. §. 7.

[2]) Vergl. l. 5, §. 3, D. mandati.

[3]) Der preussische Entwurf Art. 279 Abs. 3 hatte die auf die Verkaufs- wie auf die Einkaufs-Commission gleichmässig sich beziehende Bestimmung:

„Die vorstehenden Bestimmungen erleiden eine Ausnahme, wenn der Commissionär beweist, dass das Geschäft nicht gemäss dem Auftrage ausgeführt werden konnte, und die Unterlassung dem Committenten unzweifelhaft Schaden verursacht haben würde."

Die Motive (S. 151) bemerken dazu, dass dieser Grundsatz in der bisherigen Rechtsprechung in Preussen anerkannt worden sei.

Im Entwurf erster Lesung Art. 306 wurde diese Bestimmung für die Verkaufscommission in folgender Fassung angenommen:

— „falls er nicht beweist, dass der Committent durch den vorgenommenen Verkauf keinen Schaden oder einen geringeren erlitten hat."

In zweiter Lesung wurde dagegen dieser Zusatz gestrichen und das Princip rein aufgestellt (Art. 340 des Entwurfs zweiter Lesung), in dritter Lesung aber die im Artikel jetzt enthaltene Ausnahme beschlossen.

[4]) „Nicht bloss keinen Schaden, sondern Vortheil muss der Committent gehabt haben, wenn der Commissionär ungeachtet des Zuwiderhandelns gegen die erhaltene Ordre gerechtfertigt erscheinen soll." Protokolle S. 4623. — Wenn weiter, das Vorhergehende erläuternd, hinzugefügt wird, „es müssten die Voraussetzungen der negotiorum gestio vorhanden gewesen sein", so ist dies ungenau. Siehe die im Text folgenden Bemerkungen und Note 5.

Art. 363. Diese Bestimmung ist nicht als Anerkennung eines Rechts aus einer negotiorum gestio aufzufassen. Dies geht daraus hervor, dass nicht die Lage der Verhältnisse bei der Ausführung des Verkaufs in Betracht kommt, sondern lediglich das schliessliche Resultat [5]). Die Bestimmung enthält vielmehr nur eine Formulirung der exceptio doli, und zwar in einem beschränkten Umfang. Die Nichtverkaufbarkeit des Guts um das Limitum [6]) sowie die Abwendung des Schadens hat der Commissionär zu beweisen.

§. 4. **Abgewendet hat.** Massgebend ist der Zeitpunkt, in welchem der Committent erklärt, den ihm angezeigten Verkauf nicht als für seine Rechnung geschehen anerkennen zu wollen, beziehungsweise wenn der Committent sich nicht erklärt, der Zeitpunkt, in welchem dieser, nachdem ihm der Commissionär von dem geschehenen Verkauf Anzeige gemacht und über das Geschäft Rechenschaft gegeben hat, in der Lage ist, sich über die Anerkennung oder Nichtanerkennung des Geschäfts zu erklären. In diesem Zeitpunkt muss die Thatsache, dass der Schade abgewendet sei, vorliegen. Auf den Zeitpunkt des Verkaufs [7]) und auf die Absicht des Commissionärs, das Interesse des Committenten zu wahren, kommt nichts an. Dieser Zeitpunkt und diese Absicht kommen in Betracht im Fall des Art. 366.

Es ist also auch gleichgültig, ob der Verkauf unter dem Limitum indicirt war oder nicht, ob überhaupt der Schaden, welcher abgewendet worden ist, sich voraussehen liess oder nicht. Ist also z. B. das Gut, sei es durch ein äusseres Ereigniss (z. B. Feuer, Confiscation) oder durch

[5]) In zweiter Lesung „wurde es von mehreren Seiten als selbstverständlich erklärt, dass mit der Bestimmung des Art. 306 (des Entwurfs erster Lesung — genauer: durch das in demselben aufgestellte Princip, dass der Unterschied der Preise zu vergüten sei, denn gegen die beigefügte Ausnahme — s. o. Note 3 — wurde ja gerade polemisirt) den Bestimmungen über negotiorum gestio nicht präjudicirt werden solle.“ Protokolle S. 1189. Ebenso wurde in dritter Lesung als ein Argument gegen den Antrag, dem in dem Entwurf zweiter Lesung rein aufgestellten Princip (s. o. Note 3) eine Ausnahme beizufügen, „von einer Seite bemerkt, die Gegenansprüche des Commissionärs aus einer etwaigen negotiorum gestio seien durch den Artikel nicht ausgeschlossen.“ Protokolle S. 4623. — Die Frage, ob ein Verkauf unter dem Limitum als negotiorum gestio zulässig sei (also auch dann vom Committenten anerkannt werden müsse, wenn das schliessliche Resultat nicht vortheilhaft für ihn ausgefallen sei), ist im Allgemeinen zu verneinen, da das Setzen eines Limitum regelmässig als Verbot, unter diesem Preis zu verkaufen, aufzufassen ist. Dass jedoch unter besonderen Umständen ein solches Verbot als in concreto nicht vorhanden angenommen werden kann, darüber siehe Bemerkungen zu Art. 361 §. 5.

[6]) Die Thatsache, dass das Limitum nicht zu erreichen war, ist streng zu beweisen. Es reichen dazu nicht die Anführungen hin, welche bei Ablegung der Rechenschaft im Allgemeinen (Art. 361) als genügend erscheinen. S. noch Note 11.

[7]) Der preussische Entwurf Art. 279 Abs. 3 scheint diesen Zeitpunkt im Auge gehabt zu haben (s. o. Note 3).

inneren Verderb (Faulen, Gähren, Schwinden u. s. w.) nach erfolgtem Verkauf zu Grund gegangen oder beschädigt worden, und würde der Committent, wenn das Gut nicht verkauft worden wäre, diesen Schaden ganz oder theilweise [8]) zu tragen gehabt haben (so dass derselbe mithin auch noch in dem betreffenden späteren Zeitpunkt einen Vermögensverlust gehabt haben würde), so hat der Commissionär (abgesehen von dem Beweis über die Unverkäuflichkeit um den gesetzten Preis) nur zu beweisen, dass dieser Schade eingetreten sei und dass er den Committenten betroffen haben würde, wenn das Gut nicht verkauft worden wäre. Art. 363.

Wichtiger als Beschädigungen durch Ereignisse der angeführten Art ist der Schade, welchen der Committent durch Sinken der Preise erlitten haben würde. Bestand das Commissionsgut in marktgängigen Waaren [9]), so genügt der Beweis, dass der Marktpreis derselben nach erfolgtem Verkauf gesunken sei und seitdem nicht wieder die Höhe des erlösten Preises erreicht habe, denn marktgängige Waaren haben als solche (d. h. weil sie jeden Augenblick und zwar um den Marktpreis nicht nur verkauft, sondern auch gekauft werden können) immer nur den im augenblicklichen Marktpreis ausgesprochenen Werth. Durch das Sinken des Marktpreises selbst erleidet also der Eigenthümer Schaden, und das Erzieltwordensein eines höhern Preises, als desjenigen, um welchen verkauft werden kann oder hätte verkauft werden können, erscheint als Abwenden eines Schadens. Der Committent kann sich daher auch nicht darauf berufen, dass er gar nicht verkauft, sondern das Steigen der Preise abgewartet haben würde. Er kann ja diese Speculation sofort dadurch wieder eingehen, dass er einen Theil des erlösten Kaufpreises dazu anwendet, die Waaren um den Marktpreis wieder anzuschaffen [10]).

Bestand das Commissionsgut nicht in marktgängigen Waaren, so ist der vom Commissionär zu führende Beweis weit schwieriger. Derselbe hat darzuthun, dass der Committent selbst verkauft haben würde oder hätte verkaufen müssen und dabei einen niedrigeren als den erlösten Preis erhalten haben würde.

In ähnlicher Weise kann sich der Beweis compliciren, wenn der Committent trotzdem, dass das Gut marktgängige Waare war, sich doch nicht in der Lage befindet, dieselbe neu anzuschaffen, entweder weil die

8) Dies kann namentlich der Fall sein, wenn das Gut nicht zum vollen Werth versichert war. Als Schade kommt dann der Werth, soweit er nicht versichert war, in Betracht.

9) S. Zusatz zu Art. 311.

10) Hierdurch schwindet die auf den ersten Blick unbillig erscheinende enge Formulirung der Ausnahme gegenüber der im Entwurf erster Lesung beschlossenen. S. o. Note 3.

Art. 363. Waare in Folge besonderer Umstände augenblicklich nicht auf dem Markt ist, oder weil er den Preis für die verkauften Waaren noch nicht erhalten und keine anderweiten Mittel zur Verfügung hat u. s. w. Möglicher Weise kann in diesen Fällen auch dem Committenten der Beweis einzelner Thatsachen aufzulegen sein.

Der Commissionär kann aber auch dann, wenn solche besondere Umstände nicht vorliegen, den Beweis auf sich nehmen, dass der Committent das fragliche Commissionsgut schon bis zu einem bestimmten früheren Zeitpunkt verkauft haben würde oder hätte verkaufen müssen. In diesem Fall braucht er den Beweis, dass der Marktpreis niedriger gewesen sei, als der von ihm erlöste, nur bis zu diesem Zeitpunkt zu erbringen. War der Marktpreis wieder gestiegen, so berührt dies das betreffende Rechtsverhältniss nicht mehr.

§. 5. Erbringt der Commissionär die beiden Beweise, so hat der Committent den vorgenommenen Verkauf anzuerkennen, vorausgesetzt, dass der Commissionär nicht anderweit gegen seine Verpflichtungen gefehlt hat. Diesem liegen die allgemeinen Verpflichtungen des Art. 361 ob. Insbesondere hat er über das Geschäft Rechenschaft zu geben, namentlich auch hinsichtlich der Höhe des erzielten Preises [11]. Hat er zu niedrig verkauft, so hat er die Differenz zwischen dem erzielten und demjenigen Preis zu vergüten, welchen er bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte erreichen können.

§. 6. Hat der Commissionär, der unter dem Limitum verkauft hat, dem Commissionär keinen Schaden abgewandt, so hat er diesem den Unterschied zwischen dem erzielten Preis und dem Limitum zu ersetzen und er wird nicht etwa noch mit dem Beweis zugelassen, dass das Gut weniger werth gewesen sei. Er kann sich daher, wenn der Committent auf seine Anzeige den vorgenommenen Verkauf nicht billigt, sondern sein Interesse fordert, nicht damit befreien, dass er nachträglich das verkaufte Gut oder, bei vertretbaren Sachen, gleichartige Waare anbietet. Wohl aber kann er sich dadurch liberiren, dass er zugleich mit der Verkaufsanzeige dies Erbieten stellt. Dies ergiebt sich aus Folgendem [12].

[11]) Der Nachweis, dass nicht um den gesetzten Preis verkauft werden konnte, befreit den Commissionär natürlich nicht von der Verpflichtung, einen möglichst hohen Kaufpreis zu erzielen. Darüber jedoch, dass er nach dieser Richtung das Interesse des Committenten gewahrt, braucht er von vornherein nicht einen strengen Beweis zu erbringen, sondern er hat nur das, was bei der Rechenschaftsablegung im Allgemeinen erforderlich ist, zu befolgen.

[12]) Die Protokolle enthalten über diesen Punkt folgende Bemerkungen:

„Auf das von einem Mitglied geäusserte Bedenken, dass nun (d. h. nach erfolgter Streichung des dritten Absatzes des Art. 279 des preussischen Entwurfs —

Hat der Commissionär nicht um den ihm gesetzten Preis verkaufen können, so ist er zu nichts verpflichtet, als zur Rückgabe des Guts, und besteht dasselbe in vertretbaren Sachen, so liberirt er sich, wenn das Gut durch seine Schuld untergegangen oder abhanden gekommen ist, durch Leistung einer anderen Sache von derselben Beschaffenheit. Der Commissionär kann daher auch, wenn er das um das Limitum nicht verkaufbare Gut unter demselben verkauft hat, diese Thatsache dem Committenten gegenüber ignoriren, und liberirt sich dadurch, dass er ihm eine Sache von gleicher Beschaffenheit leistet [13]). Der Committent hat kein Recht, hiergegen den Verkauf, der ja mandatswidrig erfolgt war, geltend zu machen. Der Commissionär ist aber befugt, zu dieser Leistung sich auch nur eventuell zu erbieten, indem er primär dem Committenten die Offerte stellt, die ihm ertheilte Commission in der Art zu modificiren, wie sie dem vorgenommenen Verkauf entspricht, d. h. das Limitum auf den erzielten Preis herabzusetzen. Geht der Committent hierauf ein, so erscheint nun der vorgenommene Verkauf als Erfüllung dieser neuen Commission. Geht er nicht darauf ein, kommt also die neue Commission nicht zu Stande, so wird nun das eventuelle Anerbieten zur Rückgabe wirksam. **Art. 363.**

Dieses Verfahren entspricht dem in den Bemerkungen zu Art. 362 §. 4 erörterten, in Art. 364 Abs. 1 für den Fall des Nichteinhaltens des Limitum bei der Einkaufscommission gesetzlich anerkannten. Der Commissionär wird zu demselben dann schreiten, wenn der Marktpreis zur kritischen Zeit niedriger als das Limitum ist, und hat auf diese Weise die Möglichkeit in Händen, einer unbilligen [14]) Geltendmachung der Rechte aus unserem Artikel vorzubeugen.

s. o. Note 3) jeder Ersatz der verkauften Sache durch einen Gegenstand gleicher Bedeutung und gleichen Werths, z. B. eines Staatspapiers au porteur, durch ein anderes derselben Art und von dem nämlichen Werth ausgeschlossen erscheine, wurde entgegnet, dass, wenn eine solche Substitution überhaupt thunlich und der Commissionär zu derselben bereit sei, der Committent keinen Schaden habe, also auch der amendirte Artikel nicht zur Anwendung komme. Hiermit war man allgemein einverstanden, und hielt es für blosse Fassungssache, das angeregte Bedenken, wenn nöthig zur Vermeidung von Missverständnissen, etwa bei der Redaction zu berücksichtigen.“ Protokolle S. 693 f.

„Im Lauf der Debatte wurde es von mehreren Seiten für selbstverständlich erklärt, — — dass unter Umständen, wie bereits in erster Lesung vorgekommen, ein Commissionär, der unter dem Limito verkauft habe, als liberirt erachtet werden könne, wenn er dem Committenten eine gleich geltende Waare, z. B. Staatspapiere derselben Gattung etc., zurückgebe.“ Protokolle S. 1189.

[13]) Insbesondere ist dies bei Werthpapieren möglich. — Auch wenn eine nicht vertretbare Sache Object der Commission ist, kann unter Umständen der Commissionär sich in derselben Weise liberiren, wenn er nämlich die Sache wieder erwerben kann und die wieder erworbene dem Committenten restituirt.

[14]) Es würde unrichtig sein, das erörterte Verfahren deswegen für unzulässig zu erklären, weil durch dasselbe die Bestimmungen des Artikels umgangen wür-

Art. 363. §. 7. Der Schade des Committenten kann grösser sein, als der Unterschied zwischen dem Limitum und dem erlösten Kaufpreis. Wenn nämlich der Commissionär Gelegenheit hatte, über dem Limitum zu verkaufen, und schuldvoller Weise diese Gelegenheit nicht benutzte, insbesondere also, wenn er zu lange zögerte [15]. Die Geltendmachung dieses grösseren Schadens ist durch den Artikel nicht ausgeschlossen. Der Committent hat aber den Beweis zu führen, dass die Verkaufsgelegenheit geboten war und der Commissionär dieselbe schuldvoller Weise [16] nicht benutzt hat.

Ausserdem kann ein grösserer Schade mittelbar entstehen, z. B. wenn in Folge des wohlfeileren Verkaufs der Marktpreis der Waare, von welcher der Committent noch weitere Vorräthe hatte [17] oder an deren Preissteigerung er ein anderweites Interesse hat, sinkt, beziehungsweise nicht steigt, oder wenn der Committent sich anderen Verkäufern unter dem Versprechen einer Conventionalstrafe verpflichtet hat, seine Waaren nicht unter einem bestimmten Preis zu verkaufen. Die Geltendmachung auch eines derartigen höheren Schadens ist an sich durch den Artikel nicht ausgeschlossen, wird aber meistens nur dann, wenn der Commissionär die betreffende Sachlage kannte, also z. B. wusste, dass der Committent à la hausse speculire, geltend gemacht werden können.

§. 8. II. Die besondere Bestimmung unseres Artikels, dass bei der Berechnung des aus der nicht vertragsmässigen Ausführung entstandenen Schadens der Committent von dem gesetzten Verkaufslimito auszugehen hat, welches nach den Ausführungen zu Art. 362 §. 10 sonst nicht in Betracht kommt, lässt sich lediglich dadurch rechtfertigen, dass dem Committenten durch die Ausführung der Commission das dem Commissionär übergebene Gut entzogen ist, und das Interesse, welches dieses Gut für den Committenten hat, durch das Limito bestimmt ist. Dies führt aber dazu, den Artikel auch nur auf den Fall, in welchem diese Uebergabe wirklich stattgefunden hatte, zu beziehen, wie denn auch aus den Verhandlungen ersichtlich ist, dass man bei denselben überall nur diese Voraussetzung im Auge hatte.

den. Dasselbe ist nur in den Fällen anwendbar, in welchen die Geltendmachung dieser Bestimmung der bona fides widersprechen würde, bietet also in derselben Weise ein Remedium gegen eine unbillige Anwendung derselben, wie die in dem Artikel selbst enthaltene Formulirung der exceptio doli, s. o. §. 3, vergl. auch Note 10.

15) S. Bemerkungen zu Art. 361 §. 9. 10.

16) Nicht schuldvoll ist die Versäumniss z. B., wenn der Kauflustige, von welchem ein höherer Preis zu erhalten war, nicht die erforderlichen Garantien bot, dass der zu creditirende Kaufpreis bezahlt werden werde.

17) Protokolle S. 4622.

Nun kommen aber Verkaufscommissionen auch ohne Uebergabe des Commissionsguts vor, ja es werden solche Commissionen in Betreff von Waaren ertheilt, welche gar nicht im Besitz des Committenten sind. Oft geht die Absicht dabei dahin, dass der nämliche Commissionär die zum Zweck der Erfüllung des abzuschliessenden Verkaufs erforderliche Anschaffung mache. (Ja es kann ihm selbst zugleich mit der Verkaufscommission schon die später auszuführende entsprechende Einkaufscommission ertheilt sein.) Insbesondere für Zeitverkäufe werden solche Commissionen ertheilt. **Art. 363.**

Wird nun eine derartige ohne Uebergabe des Commissionsguts ertheilte Verkaufscommission nicht auftragsgemäss ausgeführt, wird insbesondere das Verkaufslimito nicht eingehalten, so kommen die allgemeinen Grundsätze des Art. 362 zur Anwendung, d. h. der Committent kann entweder einfach den abgeschlossenen Verkauf zurückweisen [18]) oder denselben pure anerkennen, oder neben der Zurückweisung sein Interesse, dass nicht auftragsgemäss abgeschlossen ist, geltend machen, oder bei der Anerkennung seinen Schadensanspruch daraus, dass nicht mit Anwendung der erforderlichen Sorgfalt verfahren worden sei, sich vorbehalten. Im dritten Fall hat der Committent den Beweis, dass das Limito hätte erreicht werden können und aus Mangel an Sorgfalt nicht erreicht worden sei, zu führen; im vierten Fall muss er beweisen, ein um wie viel höherer Verkaufspreis bei erforderlicher Sorgfalt zu erreichen gewesen sein würde, das Limito kommt dabei nicht in Betracht. §. 9.

Art. 364.

Hat der Commissionär den für den Einkauf gesetzten Preis überschritten, so kann der Committent den Einkauf als nicht für seine Rechnung geschehen zurückweisen, sofern sich der Commissionär nicht zugleich mit der Einkaufsanzeige zur Deckung des Unterschiedes erbietet. **Art. 364.**

Der Committent, welcher den Einkauf als nicht für seine Rechnung geschehen zurückweisen will, muss dies ohne Verzug auf die Einkaufsanzeige erklären, widrigenfalls die Ueberschreitung des Auftrags als genehmigt gilt.

[18]) Dieser Möglichkeit der Zurückweisung kann der Commissionär dadurch entgegentreten, dass er sofort bei der Ausführungsanzeige sich eventuell zur Erstattung der Differenz zwischen dem Limito und dem verabredeten Verkaufspreis erbietet. S. Bemerkungen zu Art. 362 §. 3 ff.

Art. 364. Preuss. Entwurf Art. 279. — Entwurf I. Lesung Art. 307. — Entwurf II. Lesung Art. 341.

Protok. S. 688 bis 694. — 1189. — 4625.

§. 1. **Absatz 1.** Dem Committenten, welcher dem mit dem Einkauf von Waaren beauftragten Commissionär ein Limito gesetzt hat, steht, wenn der Commissionär dieses nicht einhält, das Recht zu

1) **den Einkauf zurückzuweisen,** gleichviel ob der Commissionär den Limitopreis hätte einhalten können und sich einen Mangel an Diligenz hat zu Schulden kommen lassen, oder ob dies nicht der Fall ist. Bei der Einkaufscommission kommt aber hier ganz besonders die in den Bemerkungen zu Art. 362 §. 3 ff. besprochene Möglichkeit, durch ein eventuelles Erbieten zur Uebernahme der Differenz die Zurückweisung des Geschäfts zu verhindern, in Betracht und ist im Artikel gesetzlich anerkannt.

Für die Aufnahme dieser Bestimmung in das Gesetz waren Utilitätsrücksichten massgebend, die Protokolle (S. 691 f.) enthalten darüber Folgendes: „Absatz 3 [1]) könne nur bei der Verkaufscommission Anwendung finden, während bezüglich der Einkaufscommission eine andere Bestimmung des Inhalts erforderlich sei, dass sich der Commissionär eventuell zur Deckung des Unterschiedes sofort bei der Anzeige über die Ausführung des Auftrags erbiete. Letzteres erscheine um deswillen als ganz unvermeidlich, weil ausserdem der Committent in einer ganz ungebührlichen Weise darüber in Ungewissheit gelassen werde, ob er über eine Waare noch verfügen könne oder nicht. Wenn z. B. ein an der Nordsee wohnender Kaufmann einem anderen in Lissabon den Auftrag gebe, eine Waare nicht über einen gewissen Preis einzukaufen, und wenn letzterer gleichwohl diesen Preis überschreite, so sei es gewiss äusserst gefährlich, dem Commissionär zu gestatten, dass er gleichsam erst replicando dem Committenten, wenn dieser die Waare schon abgelehnt habe, noch schreiben könne, er wolle den Unterschied decken, und dass er so vielleicht unter gänzlich veränderten Conjuncturen nach unverhältnissmässig langer Zeit den Committenten zur Annahme der Waare zu seinem Limitum verpflichte. Auf den Einwand, dass der Committent voraussichtlich immer von dem Erbieten des Commissionärs Gebrauch machen werde, wenn dieses sofort mit der Anzeige verbunden werden müsse, selbst wenn er ausserdem keinen Anstand genommen haben würde, das Geschäft zu genehmigen, dass dadurch aber der Commissionär leicht

[1]) Des Artikels 279 des preussischen Entwurfs. S. Art. 363 Note 3.

zur Ungebühr beschädigt werden könne, wurde entgegnet, abgesehen davon, dass von einem solchem Erbieten nur von einem unbilligen Manne und gewiss nicht im Verhältnisse fortdauernder Geschäftsverbindung Gebrauch gemacht werden würde, so sei es schon Vortheil genug für den Commissionär, wenn nur ausgesprochen werde, dass der Committent den Vertrag zu genehmigen schuldig sei, wenn der Commissionär zur Zahlung des Unterschiedes sich erbiete, denn auch dies sei noch in der neuesten Zeit für sehr bestritten gehalten worden [2]; ebenso leicht als der Commissionär durch die Pflicht zum sofortigen Erbieten könne der Committent durch das Recht, erst nach erfolgter Ablehnung der Waare den Unterschied anzubieten, in Gefahr kommen, wenn z. B. in der Zwischenzeit die Waare so bedeutend gesunken sei, dass die Daraufzahlung des Unterschieds für den Commissionär vortheilhafter sei, als ein Ausschlagen der Waare durch den Committenten. Wolle aber der Commissionär es nicht darauf hin wagen, ob der Committent von seinem eventuellen Anerbieten Gebrauch mache, so möge er eben die Ausführung des Auftrags mit Ueberschreitung des Limitum unterlassen oder erklären, dass er schlimmsten Falls die Waare zu behalten bereit sei.“ **Art. 364.**

2) Der Committent kann, wenn der Commissionär um den gesetzten Limitopreis hätte einkaufen können, neben der Zurückweisung des über den Limitopreis abgeschlossenen Einkaufs, sein Interesse an der auftragsmässigen Ausführung geltend machen. S. o. Bemerkungen zu Art. 362 §. 8. 9. §. 2.

3) Er kann den Einkauf mit Vorbehalt seiner Schadensansprüche anerkennen. Diese bestehen in der Differenz zwischen dem thatsächlichen Kaufpreis und demjenigen, um welchen der Commissionär bei Anwendung gehöriger Diligenz das Gut hätte einkaufen können (s. o. Bemerkungen zu Art. 362 §. 10). §. 3.

Absatz 2. In der Anzeige, dass um einen das Limito übersteigenden Preis eingekauft sei, liegt die Offerte eines neuen Mandats (s. Bemerkungen zu Art. 362 §. 4). Es müssten also ohne besondere Bestimmung die Grundsätze des Art. 319 [3] Anwendung finden. Der Gesetzgeber stellt aber aus Utilitätsgründen [4] das Präjudiz auf, dass die nicht alsbaldige Zurückweisung der Offerte als Annahme gilt. §. 4.

[2] Nach römischem Recht ist dies unzweifelhaft. Die entgegenstehende Ansicht der Sabinianer ist verworfen. L. 3 §. 4. l. 4, Dig. mandati. — §. 8 J. de mandato.

[3] Art. 323 findet nicht Anwendung, da dessen Voraussetzung, „das Geben eines Auftrags“, nicht vorhanden ist.

[4] „Im Wesentlichen aus denselben Gründen, aus welchen dem Commissionär die sofortige Erklärung, dass er den Unterschied decken wolle, vorgeschrieben wurde (s. o. §. 1), und in der Absicht, auch dem Commissionär einen Schutz gegen

Art. 365.

Art. 365. Wenn das Gut, welches dem Commissionär zugesandt wird, bei der Ablieferung sich in einem äusserlich erkennbar beschädigten oder mangelhaften Zustande befindet, so muss der Commissionär die Rechte gegen den Frachtführer oder Schiffer wahren, für den Beweis jenes Zustandes sorgen und dem Committenten ohne Verzug Nachricht geben.

Im Unterlassungsfalle ist er für den daraus entstandenen Schaden verantwortlich.

Er kann den Zustand durch Sachverständige feststellen lassen, und wenn das Gut dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist, unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343 den Verkauf des Guts bewirken.

Preuss. Entwurf Art. 280. — Entwurf I. Lesung Art. 308. — Entwurf II. Lesung Art. 342.

Protok. S. 694 f. — 1189 f. — 5091 f.

§. 1. **Absatz 1.** Der Commissionär ist als Empfänger dem Frachtführer und Schiffer gegenüber zur Vornahme der betreffenden Handlungen (vergleiche Art. 407. 408. 609. 610, sowie Art. 404. 405) berechtigt, dem Committenten gegenüber ist er aus dem Commissionsvertrag dazu verpflichtet. Mag die Commission den Worten nach auch nur auf Verkauf oder das sonst in Betreff des Guts vorzunehmende Rechtsgeschäft gerichtet sein, so gilt die Wahrung derjenigen Interessen des Committenten, welche nach der Lage der Umstände nur von dem Commissionär gewahrt werden können, als in der ertheilten Commission stillschweigend mit enthalten.

§. 2. **In einem äusserlich erkennbar beschädigten oder mangelhaften Zustand.** Gegen die Interpretation v. Kräwel's [1], dass „äusserlich erkennbar“ sich nur auf „beschädigt“, nicht auch auf „mangelhaft“ beziehe, spricht die Fassung der Worte selbst, und für dieselbe ist aus der Entstehungsgeschichte des Artikels, auf welche Bezug genommen

verspätete, nach erfolgter Veränderung der Conjuncturen stattfindende Ablehnung des Committenten zu gewähren, wurde der Zusatz (Abs. 2 unseres Artikels) beantragt.“ Protokolle S. 692 f.

[1] Commentar, Anmerkung 1 zu diesem Artikel.

wird, kein Argument zu entnehmen [2]). Die Interpretation selbst aber ist deswegen unschädlich, weil, wie Auerbach [3]) richtig bemerkt, der Commissionär in Folge der von ihm zu prästirenden Sorgfalt auch in dem Fall, wenn er die Fehlerhaftigkeit des Guts erst nach der Ablieferung entdeckt, zur Vornahme der in Art. 408 Abs. 2 (vergl. auch Art. 609. 610) vorgeschriebenen Handlungen verpflichtet ist. **Art. 365.**

Wahren. Zu dritter Lesung war der Antrag gestellt dafür zu setzen: „sicher zu stellen," „um den Commissionär darauf hinzuweisen, dass er nicht allein durch Protest und Reservationen, deren spätere Realisirung dem Committenten oft unmöglich sein werde, des letzteren Rechte wahre, sondern dass er auch positive Massregeln ergreife, wohin namentlich schleunige Arrestanlegung gegen den Frachtführer etc. zu rechnen sei." (Monitum Nr. 378.) Bei der Berathung dieses Antrags „wurde allseitig anerkannt, dass unter „„wahren"" hier nicht bloss die Einlegung einer Protestation zu verstehen sei, und ein begründeter Zweifel darüber nicht bestehen könne, dass mit diesem Ausdruck dem Commissionär die Verpflichtung auferlegt werde, Alles zu thun, was zur Sicherstellung und unter Umständen selbst zur Geltendmachung der Rechte des Committenten erforderlich sei, dass die jetzige Fassung also noch umfassender sei, als die unter Nr. 378 vorgeschlagene." Protokolle S. 5091 f. §. 3.

Absatz 2 stellt das naturgemässe Präjudiz für die Nichtbefolgung der Vorschrift des Absatzes 1 auf. Der preussische Entwurf ging weiter, er lautete: §. 4.

„Im Unterlassungsfalle kann er sich auf den mangelhaften Zustand des Guts gegen den Committenten nicht berufen."

Für diese Bestimmung wurde in den beiden ersten Lesungen das Bedürfniss geltend gemacht, dem Committenten den schwierigen Beweis darüber abzunehmen, ob die Beschädigung der Waare beim Frachtführer oder erst beim Commissionär eingetreten sei. Diese Rücksicht wurde jedoch nicht für genügend erachtet, eine innerlich nicht gerechtfertigte unter Umständen zu grossen Unbilligkeiten führende Bestimmung anzunehmen.

[2]) Im preussischen Entwurf Art. 280 war nur von dem „mangelhaften Zustand" die Rede. In erster Lesung wurde die jetzige Fassung beschlossen, dagegen in dem Entwurf I. Lesung Art. 308 im weiteren Verlauf des Artikels aus einem Versehen die Worte: „für den Beweis des mangelhaften Zustands" beibehalten. Dieses Uebersehen wurde in zweiter Lesung gerügt und darauf hin von der Redactionscommission die betreffenden Worte verwandelt in: „für den Beweis jenes Zustands". (Bei v. Kräwel a. a. O., Erläuterung II. a. E. findet sich ein irreführender Druckfehler.)

[3]) Das Neue Handelsgesetz Abth. 2 S. 218 Note 1 a. E.

Art. 366.

Art. 366. Treten Veränderungen an dem Gute ein, welche dessen Entwerthung befürchten lassen, und ist keine Zeit vorhanden, die Verfügung des Committenten einzuholen, oder der Committent in der Ertheilung der Verfügung säumig, so kann der Commissionär unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343 den Verkauf des Guts veranlassen.

Ein gleiches Recht hat der Commissionär in allen anderen Fällen, in welchen der Committent, obwohl hierzu nach Lage der Sache verpflichtet, über das Gut zu verfügen unterlässt.

Preuss. Entwurf Art. 281. — Entwurf I. Lesung Art. 309. — Entwurf II. Lesung Art. 343.

Protok. S. 695. 749 bis 751. — 1191. — 5092.

§. 1. **Absatz 1** handelt von dem Fall der eventuellen Entwerthung durch **Veränderung an dem Gute selbst.** Entwerthungen in Folge von Conjuncturveränderungen sind darunter nicht begriffen. Die nächste Verpflichtung des Commissionärs, wenn eine derartige Entwerthung droht, ist, den Committenten davon zu benachrichtigen; es folgt dieses aus seiner allgemeinen Verpflichtung dem Committenten gegenüber (siehe oben Art. 361 „erforderliche Nachrichten"). Erfolgt die Verfügung des Committenten nicht alsbald, oder ist keine Zeit vorhanden, die Verfügung des Committenten einzuholen [1]), so giebt das Gesetz dem Commissionär die Befugniss zum Verkauf des Guts, ganz ohne Rücksicht darauf, ob er selbst Forderungen an den Committenten hat oder nicht.

§. 2. **Absatz 2.** Der Hauptfall, in welchem der Committent zur Verfügung über das Gut verpflichtet ist, ist bei der Verkaufscommission die Kündigung der Commission durch den Commissionär, bei der Einkaufscommission die Aufforderung des Commissionärs, das eingekaufte Gut abzunehmen. Ist der Committent in einem dieser Fälle in Verzug, so ist der Commissionär ebenfalls befugt, das Gut zu verkaufen.

§. 3. Nimmt der Committent in den Fällen der Absätze 1 und 2 eine Verfügung vor, so hat der Commissionär dieselbe zu befolgen, sobald sie

[1]) Dasselbe gilt natürlich auch, wenn nach erfolgter Einholung von Verfügungen neue gefahrdrohende Veränderungen eingetreten sind.

nicht mit seinen eigenen Interessen collidirt. Tritt eine solche Collision ein, insbesondere riskirt der Commissionär, die Sicherung für seine Forderungen zu verlieren, so sind die Art. 374 und 375 massgebend. **Art. 366.**

Art. 367.

Für Verlust oder Beschädigung des Guts ist der Commissionär, während er Aufbewahrer desselben ist, verantwortlich, wenn er nicht beweist, dass der Verlust oder die Beschädigung durch Umstände herbeigeführt ist, welche durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht abgewendet werden konnten. **Art. 367.**

Der Commissionär ist wegen Unterlassung der Versicherung des Guts nur dann verantwortlich, wenn er von dem Committenten den Auftrag zur Versicherung erhalten hat.

Preuss. Entwurf Art. 282. — Entwurf I. Lesung Art. 310. — Entwurf II. Lesung Art. 344.

Protok. S. 695 bis 697. — 1191 f.

Absatz 1. Der Commissionär hat als solcher custodia zu prästiren in Betreff des Guts, welches in Folge der Commission in seine Hände gekommen ist. Er haftet für culpa levis oder, nach der Ausdrucksweise des Gesetzbuchs, für den Schaden, welcher durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns hätte abgewendet werden können. (Vergl. Bemerkungen zu Art. 282.) Ist Schade eingetreten, so hat er schon nach allgemeinen Grundsätzen den Beweis, dass keine culpa vorliege, zu führen. Dazu genügt es jedoch nicht, dass er nachweist, dass er die erforderlichen Vorsichtsmassregeln zur Aufbewahrung des Guts vorgenommen, sondern der Beweis muss sich über die den Schaden herbeiführenden Umstände und sein Verhalten in Bezug auf dieselben verbreiten, da nur auf die Weise die Schuldlosigkeit des Commissionärs in Evidenz zu stellen ist. Vergl. die Bemerkungen zu Art. 395. §. 1.

Absatz 2 befreit den Commissionär von der Haftung für Unterlassung der Versicherung des Guts gegen irgend welche Gefahr, sofern der Auftrag nicht darauf gerichtet war [1]. Selbstverständlich ist, dass der Auf- §. 2.

[1]) Der preussische Entwurf enthält keine Bestimmung über die Versicherungspflicht. Zufolge eines Beschlusses in erster Lesung (Protok. S. 696 f.) wurde in dem Entwurf erster Lesung dem Art. 310 ein zweiter Absatz folgenden Inhalts hinzugefügt:

Art. 367. trag auch stillschweigend ertheilt werden kann, und dass das Verfahren des Commissionärs in früheren entsprechenden Fällen und die Billigung desselben durch den Committenten insbesondere zu berücksichtigen ist [2]).

Die Frage, ob der Commissionär, welcher, ohne Auftrag erhalten zu haben, versicherte, den Ersatz der Prämie beanspruchen kann, ist eine offene. Vergl. Protokolle S. 428 f., 1204 bis 1206. Siehe Art. 371 Bemerkungen §. 3 [3]). Auch nach dieser Richtung kann eine stillschweigende Auftragsertheilung in Betracht kommen.

Weiss der Committent, dass der Commissionär sein ganzes Commissionslager zu versichern pflegt, so kann darin, dass er das Versicherungsnehmen nicht ausschliesst, ein Auftrag, Versicherung zu nehmen, liegen.

Art. 368.

Art. 368. Forderungen aus einem Geschäft, welches der Commissionär abgeschlossen hat, kann der Committent dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen.

Jedoch gelten solche Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältniss zwischen dem Committenten und dem Commissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Committenten.

Preuss. Entwurf Art. 285. — Entwurf I. Lesung Art. 313. — Entwurf II. Lesung Art. 345.

Protok. S. 703 bis 705. — 1198.

„Zur Versicherung des Guts gegen Feuersgefahr ist er insoweit berechtigt und verpflichtet, als ordentliche Kaufleute unter den obwaltenden Umständen in ihren eigenen Geschäften Versicherung zu nehmen pflegen."

In zweiter Lesung wurde der entgegenstehende Grundsatz und zwar ohne Beschränkung auf die Versicherung gegen Feuersgefahr beschlossen (Protokolle S. 1191 f.). Ein zur dritten Lesung gestellter Antrag (Monitum Nr. 383), dem Absatz 2 die Worte hinzuzufügen: „oder wenn er dazu nach Ortsgebrauch für den betreffenden Fall verpflichtet ist" kam nicht zur Berathung.

2) Siehe oben Art. 343, Bemerkungen §. 4.

3) Das in zweiter Lesung vorgebrachte Argument, dass dem Commissionär das Recht, das Commissionsgut zu versichern, „deshalb nicht abgesprochen werden könne, weil er zugleich Pfandgläubiger und als solcher sein Pfand zu sichern und die hierdurch veranlassten Auslagen von seinem Schuldner ersetzt zu verlangen befugt sei" (Protokolle S. 1205), ist insoweit richtig, als der Commissionär für sein Interesse am Commissionsgut Versicherung zu nehmen befugt ist; unbegründet ist aber, dass er deshalb Ersatz der Prämie von dem Committenten verlangen kann, da er ja in diesem Fall für eigene Rechnung handelt. Die Frage nach der Verpflichtung des Committenten zum Ersatz kann nur gestellt werden, wenn der Commissionär das Interesse desselben versichert, also für dessen Rechnung zu handeln beabsichtigt. Dies wird im Zweifel angenommen werden müssen, wenn der Commissionär Versicherung nimmt. (Nicht ausgeschlossen ist diese Absicht dadurch, dass er die Versicherung für das Commissionsgut [auch mit] aus dem Grund nimmt, um sich in den Versicherungsgeldern ein eventuelles Retentions- bez. Compensationsobject für seine Ansprüche an den Committenten zu sichern.)

Absatz 1 enthält lediglich eine Consequenz aus Art. 362 Abs. 2. Der Committent steht als solcher mit dem Dritten in keiner rechtlichen Verbindung. Das Moment, dass für Rechnung des Committenten contrahirt wurde, ist dem Dritten gegenüber irrelevant [1]. Auch der Concurs des Commissionärs ändert hieran nichts. Ist die Forderung dem Committenten cedirt, so steht er in derselben rechtlichen Stellung wie jeder sonstige Cessionar, muss sich daher alle Einreden aus der Person des Commissionärs gefallen lassen. **Art. 368. §. 1.**

Ob der Commissionär die für Rechnung des Committenten erworbene Forderung selbst zu realisiren, oder ob er sie dem Committenten abzutreten hat, ist quaestio facti. Ueber die Einwirkung des Verzugs des Committenten hinsichtlich der Erfüllung seiner Verpflichtung gegenüber dem Commissionär siehe Bemerkungen zu Art. 374. §. 2.

Absatz 2. Aus dem Abschluss des committirten Geschäfts für Rechnung des Committenten folgt, dass der Committent die Gefahr der vom Commissionär erworbenen Forderung trägt und dass der Committent die Cession der Forderung des Commissionärs verlangen kann (Art. 361 am Ende). Das Gesetz begnügt sich aber hiermit nicht, sondern statuirt noch eine besondere rechtliche Beziehung des Committenten zu dieser Forderung. Wenngleich dieselbe im Verhältniss zum Dritten als eine Forderung des Commissionärs erscheint, so bewirkt doch der Umstand, dass das Geschäft für Rechnung des Committenten abgeschlossen worden ist, dass die daraus entsprungene Forderung materiell (ihrem Werthe nach) dem Committenten zugehört. Die hauptsächliche Manifestation dieses besonderen Rechtsverhältnisses besteht darin, dass, wenn der Commissionär in Concurs geräth, die Forderung nicht in die Concursmasse fällt, so dass der Committent nur theilweise Befriedigung erhielte, sondern dass er die Cession der Forderung in ihrer Integrität jure separationis verlangen kann. Es ist dies eine condictio der Forderung [2]. Ferner erscheint eine eigenmächtige [3] Realisirung der Forderung oder eine Verfügung über dieselbe durch Cession an einen Andern als den Committenten oder Erlass derselben als eine widerrechtliche Handlung, die sich unter Umständen als Unterschlagung darstellen kann. In Folge davon sind entsprechende Sicherheitsmassregeln, namentlich Arrestlegung zulässig. §. 3.

[1] Von Bedeutung kann dieses Moment nur insofern werden, als für die Verpflichtung des Dritten, den in Folge seiner Vertragswidrigkeit entstandenen Schaden zu ersetzen, der Schade des Committenten, nicht der (meist nicht vorhandene) des Commissionärs massgebend ist. Zimmermann im Neuen Archiv, Bd. I, S. 48 bis 82.

[2] Vergl. oben Note 1 zu Art. 309 (S. 112).

[3] Siehe dagegen oben §. 2 und unten §. 4.

Art. 368. Das Rechtsverhältniss wird dadurch nicht modificirt, dass der Commissionär del credere steht [4]).

§. 4. Darüber, dass der Commissionär für seine Ansprüche an den Committenten aus den aussenstehenden Forderungen sich vorzugsweise befriedigen kann, siehe Art. 374 Abs. 2.

Zusätze.

Zusatz I. Der preussische Entwurf enthielt noch mehrere die Rechtsverhältnisse des Commissionärs zum Commissionsgut betreffende Rechtssätze.

§. 1. I. Art. 283. „Geldsummen in Metallgeld oder Papiergeld, welche der Commissionär von dem Committenten oder für denselben empfängt, gehen in das Eigenthum des Commissionärs über, und dieser wird Schuldner solcher Summen.

Eine Ausnahme tritt ein, wenn eine entgegengesetzte Verabredung und die Erfordernisse vorliegen, an welche die Erhaltung des Eigenthums an Gelde geknüpft ist.“

§. 2. In den Motiven (S. 152) wird dieser Satz als „den Verhältnissen des kaufmännischen Geschäftsbetriebs entsprechend“ bezeichnet und bemerkt, „zugleich werde dadurch dem Commissionär im Falle seiner Zahlungseinstellung es erschwert, dem Committenten durch nachträgliche Operationen zum Nachtheil seiner übrigen Gläubiger in betrüglicher Weise zu begünstigen.“ Nachdem der Satz in den Entwurf erster Lesung (Art. 311) übergegangen war (Protokolle S. 697), wurde in zweiter Lesung die Streichung des Artikels beantragt, „weil sein Inhalt theils nicht als richtig anerkannt, theils auf das Verhältniss zwischen Commissionär und Committenten nicht beschränkt werden könne.“ Von anderer Seite aber wurde geltend gemacht, „der Artikel sei unentbehrlich, denn er solle die keineswegs unbestrittenen Fragen entscheiden, wer in dem im Artikel unterstellten Fall die Gefahr des Geldes zu tragen habe, ferner, ob der Commissionär sich einer Unterschlagung schuldig machen würde, wenn er dasselbe zu seiner Casse nähme, endlich, wie in den bezeichneten Fällen, das Geld im Concurse des Commissionärs zu beurtheilen sei“ (Protokolle S. 1192). Nach längerer Discussion, insbesondere auch über die Tragweite der Bestimmung, „machte sich die

[4]) Ein Antrag im Fall des del-credere-Stehens die Forderung als lediglich dem Commissionär zuständig zu erklären, wurde verworfen (Protokolle S. 704) und ein ebenfalls darauf gerichteter Antrag für die dritte Lesung (Monitum Nr. 385) kam nicht zur Berathung.

Auffassung geltend, dass die Fälle, in denen dem Commissionär Geld von dem Committenten oder für denselben zugestellt werde, zu verschieden seien, als dass eine einzige Bestimmung nach allen Richtungen hin zutreffen könnte; denn anders müsse eine Zahlung für Forderungen des Commissionärs, anders das Incassogeschäft, anders eine als Waare gesendete Quantität Geld rücksichtlich des Eigenthumserwerbs, der Tragung der Gefahr u. dergl. beurtheilt werden; deshalb, und weil eine Abweichung von den bei Beurtheilung solcher Verhältnisse ausreichenden Grundsätzen des Civilrechts bloss wegen Befürchtung von Collusionen im Concurs des Commissionärs oder wegen einzelner irriger Entscheidungen der Gerichte sich nicht rechtfertigen lasse, wurde die Streichung des Artikels beschlossen." Protokolle S. 1195 f. Zusatz I.

II. Art. 284 des preussischen Entwurfs. Zusatz II.

„Der Commissionär, welcher eine Einkaufscommission ausführt, erwirbt das Eigenthum des Guts dem Committenten in dem Zeitpunkt, in welchem der Commissionär dasselbe erworben haben würde, wenn er das Geschäft für seine Rechnung geschlossen hätte. §. 3.

Jedoch geht das Eigenthum an vertretbaren Sachen erst dann auf den Committenten über, wenn sie mit hinreichender Bezeichnung ausgesondert oder an den Committenten übersendet worden sind."

Die Motive (S. 152 f.) bemerken hierzu: „Die Frage, in welchem Augenblick der Committent bei der Einkaufscommission das Eigenthum des Commissionsguts erwirbt, bedurfte, als eine nicht unzweifelhafte, einer gesetzlichen Entscheidung. Durch Plenarbeschluss des Obertribunals vom 2. October 1848 (Entscheidungen Bd. 17 S. 19) ist das Princip festgestellt worden, dass nach den Grundsätzen des Allgemeinen Landrechts ein Machtgeber, dessen Bevollmächtigter auf Grund des erhaltenen Auftrags eine Sache von einem Dritten in eigenem Namen erkauft hat, durch die in Folge eines solchen Vertrags geschehene Uebergabe der Sache an den Bevollmächtigten nicht sofort das Eigenthum derselben erwirbt, sondern nur das persönliche Recht erlangt, von dem Bevollmächtigten die Uebertragung des Eigenthums zu fordern. Das Bedürfniss des Verkehrs und der Gebrauch beim Commissionshandel sprechen aber für den entgegengesetzten Grundsatz. Dem Interesse des Verkäufers wegen Sicherung seiner etwaigen Kaufgelderforderung gegen den Commissionär kann hierbei kein entscheidendes Gewicht beigelegt werden; derselbe kommt durch den unmittelbaren Uebergang des Eigenthums der verkauften §. 4.

Zusatz II. Sache auf den Committenten in keine wesentlich schlechtere Lage, als in welcher er sich in dem Falle befindet, wenn der Commissionär das Eigenthum erwirbt, solches aber sofort weiter veräussert, woran ihn doch der Verkäufer der Regel nach nicht hindern könnte. Im Verhältnisse des Commissionärs zum Committenten ist aber nach Sinn und Absicht der Parteien anzunehmen, dass der Beauftragte Alles, was er auf Grund des Auftrags und behufs Ausführung desselben erwirbt, sofort dem Auftraggeber habe erwerben wollen. Der Commissionär wird hierdurch nicht benachtheiligt, da er durch das ihm eingeräumte Pfandrecht genügend gedeckt ist. Für den Committenten dagegen ist es in der Regel und namentlich für den Fall des Concurses des Commissionärs von wesentlicher Bedeutung, dass das Eigenthum des angekauften Guts sofort auf ihn übergeht, ohne dass es noch einer besonderen, von der Willkür des Commissionärs abhangenden und oft schwer zu erweisenden Uebertragung Seitens des letzteren auf ihn bedarf.

Auf vertretbare Sachen kann indessen ihrer Natur nach der gleiche Grundsatz nicht ohne Weiteres Anwendung finden. Es bleibt hier, anders als bei individuell bestimmten Sachen, objectiv zunächst noch ungewiss, ob der Commissionär die angekauften Sachen gerade behufs Ausführung der betreffenden speciellen Einkaufscommission habe erwerben wollen. Deshalb ist es erforderlich, dass bei ihnen noch ein besonderes Moment hinzukomme, durch welches sie als Commissionsgut individualisirt werden. Dies geschieht durch die Absendung an den Committenten, oder durch eine solche Absonderung, welche hinreicht, um sie als für den Committenten erworbene Sachen kenntlich zu machen.

Ein blosser Vermerk in den Büchern des Commissionärs (vergl. Allg. Gerichtsordnung Th. I, Tit. 50, §. 302) kann aber hierzu nicht genügen, weil durch ihn eine äusserlich erkennbare Trennung nicht hervorgebracht wird. Ueberdies könnten solche Vermerke, wenn ihnen die Wirkung der Eigenthumsübertragung auf den Committenten beigelegt würde, leicht zu Collusionen und betrüglichen Begünstigungen einzelner Gläubiger des Commissionärs im Concurse des letzteren gemissbraucht werden."

§. 5 In erster Lesung wurde beschlossen, als den kritischen Moment für den Eigenthumsübergang an den Committenten die Anzeige des Commissionärs an den Committenten über den Eigenthumserwerb anzunehmen. Protokolle S. 698 bis 670. Art. 312 des Entwurfs erster Lesung lautet:

„Der Commissionär, welcher eine Einkaufscommission ausführt, erwirbt das Eigenthum des Guts zunächst für sich; jedoch geht das Eigenthum auf den Committenten in dem

Zeitpunkte über, in welchem der Commissionär dem Committenten über den Eigenthumserwerb Anzeige erstattet." Zusatz II.

In zweiter Lesung wurde zuerst das Princip des preussischen Entwurfs wieder hergestellt mit der Modification, dass statt der Schlussworte des Absatzes 2: „oder an den Committenten abgesendet sind," gesetzt werde: „und die Anzeige an denselben, dass sie zu dessen Verfügung gestellt seien, behufs ihrer Absendung abgegeben ist." Protok. S. 1196 bis 1198. Man war dabei einverstanden, dass der Satz nur Anwendung finden sollte, „sofern der Commissionär nicht eine entgegengesetzte Absicht erklärt habe," und dass unter „vertretbaren" Sachen alle nur dem Genus nach bezeichneten Sachen zu verstehen seien. Protok. 1201 bis 1203. Bei der Vorlage der Redaction des gefassten Beschlusses wurde jedoch die Bestimmung, dass es bei vertretbaren Sachen zum Eigenthumsübergang an den Committenten neben der Aussonderung auch der Anzeige von deren Vornahme an den Committenten bedürfe, wieder beseitigt. Protokolle S. 1250 bis 1252. Endlich wurde gegen Schluss der Verhandlungen der Artikel nochmals einer eingehenden Betrachtung unterzogen. Gegen denselben wurde besonders geltend gemacht, er gehöre der vorherrschenden Ansicht nach dem gemeinen Recht nicht an, er sei auch im allgemeinen Handelsgebrauch nicht anerkannt, er entspreche nicht der allgemeinen kaufmännischen Anschauung, er finde sich weder in einem der neueren Handelsgesetzbücher, noch im englischen Recht, er würde zu unübersehbaren Verwicklungen und Schwierigkeiten führen, die schreiendsten Härten veranlassen und unerlaubte Benachtheiligung Dritter begünstigen. Von anderen Seiten wurde den ersten Behauptungen widersprochen, und das entgegengesetzte Princip als sowohl mit dem bisherigen Recht, als mit dem kaufmännischen Bedürfniss in Widerspruch stehend bezeichnet, welches dem Committenten, der die Gefahr des Commissionsguts vom Moment der Perfection des Kaufs an tragen müsse, zum grössten Nachtheil gereichen würde, während der Commissionär durch das angenommene Princip nicht gefährdet sei. Protokolle S. 1442 f. 1450 bis 1458. §. 6.

Der Artikel wurde hierauf gestrichen, so dass, da für die dritte Lesung gestellte Anträge, die Frage einer nochmaligen Erwägung zu unterziehen (Monitum Nr. 386), nicht zur Berathung kamen, die Frage nach dem Zeitpunkt des Uebergangs des Eigenthums am Commissionsgut an den Committenten im Gesetzbuch eine offene geblieben ist.

Nach gemeinem Recht nun liegt in der im Handelsgesetzbuch scharf präcisirten Stellung des Commissionärs an sich kein Grund zu der §. 7.

Zusatz II. Annahme, dass dieser das Commissionsgut für den Committenten erwerbe. Es müssen also besondere Umstände hinzutreten, aus welchen hervorgeht, dass er bei dem Erwerb als Stellvertreter handle. Eine nähere Ausführung dieses bestrittenen Satzes ist hier nicht am Ort [1]) und es mögen daher nur einige Bemerkungen über den Versuch, den erwähnten Satz des preussischen Entwurfs aus anderen Bestimmungen des Gesetzbuchs zu deduciren, Platz finden.

§. 8. Der Versuch v. Kräwel's in Anmerkung 3 zu Art. 369 (S. 498 f. seines Commentars), aus Art. 52 bez. Art. 298 zu deduciren, dass der Commissionär sofort für den Committenten erwerbe, muss als missglückt bezeichnet werden. Absatz 2 des Art. 52 lautet nicht: „Es ist gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen des Principals geschlossen worden ist," wie Kräwel liest, sondern es ist das Wort: „ausdrücklich" zu betonen [2]). Der Procurist und Handlungsbevollmächtigte als solcher schliesst immer im Namen des Principals ab, der Commissionär als solcher immer in eigenem Namen, und die principielle Verschiedenheit dieser Art abzuschliessen ist in den Artikeln 52 (bezüglich 298) und 360 auf das Schärfste hervorgehoben. Art. 52 und ebenso Art. 298 behandeln nur die Wirkungen der Vollmacht, nicht aber die innere Seite des Mandats. Art. 360 dagegen erklärt ausdrücklich, dass der Commissionär eine (nach aussen wirksame) Vollmacht nicht habe, d. h. dass das Mandatsverhältniss zwischen Committenten und Commissionär für den Dritten keine Wirkung habe. Es ist mithin ein Schluss von dem einen Artikel auf den anderen ganz unmöglich.

Ebensowenig kann daraus, dass in Art. 374 dem Commissionär am Commissionsgut ein Pfandrecht eingeräumt ist, gefolgert werden, das Gesetz erkenne das Gut nicht als sein Eigenthum an [3]). Da es rechtlich unmöglich ist, an der eigenen Sache ein Pfandrecht zu haben, so kann Art. 374 schlechterdings nur von denjenigen Fällen handeln, in welchen das Commissionsgut nicht im Eigenthum des Commissionärs steht, und es würde mehr als überflüssig gewesen sein, dies ausdrücklich auszusprechen. Nach den gegnerischen Argumentationen würde es übrigens dem Commissionär gar nicht möglich sein, selbst Eigenthum zu erwerben. Wie soll man

[1]) Vergl. insbesondere Jhering in seinen und Gerber's Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. I S. 324 und Thöl's ausgewählte Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Nr. 176 bis 178 S. 178 ff.

[2]) In der Erläuterung IV. zu Art. 52 giebt v. Kräwel selbst diese richtige Interpretation.

[3]) Auerbach (das Neue Handelsgesetz Abth. II, S. 257 f.) bringt ebenfalls dieses Argument vor.

sich hiernach das Rechtsverhältniss construiren, wenn der Commissionär einen Wechsel für Rechnung des Committenten einkauft und denselben auf sich indossiren lässt. Wird der Committent ebenfalls sofort Eigenthümer dieses Wechsels bez. Wechselberechtigter? Zusatz II.

Auerbach [4]) beruft sich für den sofortigen Uebergang des Eigenthums auf den Committenten noch „auf das analoge Verhältniss des Abs. 2 des Art. 368". Allein einmal liegen hier gar nicht die Voraussetzungen der Möglichkeit einer analogen Anwendung vor. Der Hauptfall des Art. 368 ist, dass der Verkaufscommissionär die ihm committirte Waare verkauft und dafür eine Kaufgeldforderung erworben hat, dass dem Committenten mithin ein Werth entzogen ist, an dessen Stelle die Forderung gesetzt wird, während bei der Einkaufscommission nur dann ein ähnliches Verhältniss eintritt, wenn der Committent dem Commissionär schon vor Effectuirung der Commission Deckung beschafft hatte. Ferner bestimmt aber Art. 368 Abs. 1 ausdrücklich, dass die Forderungen dem Commissionär erworben werden, und dem würde es entsprechen, dass der Commissionär Eigenthümer wird. Eine Anwendung des dem Abs. 2 zu Grunde liegenden Princips auf das Rechtsverhältniss hinsichtlich des vom Commissionär erworbenen Commissionsguts würde wesentlich nur dahin führen, dass im Fall des Concurses des Commissionärs der Committent die Ausantwortung des Commissionsguts verlangen könnte. Es mag billig erscheinen, ein solches Recht dem Committenten gesetzlich einzuräumen, freilich jedoch nur für den Fall, dass er den Commissionär schon gedeckt hatte [5]). Aus Art. 368 Abs. 2 aber kann es ohne positive Bestimmung nicht hergeleitet werden. §. 9.

III. Art. 286 des preussischen Entwurfs lautet: Zusatz III.

„Der Commissionär, welcher von dem Committenten die Anweisung erhalten hat, das Gut zur Verfügung eines bestimmten Empfängers zu halten, besitzt dasselbe sogleich nach dem Empfange für diesen, und wird demselben verantwortlich, wenn er dessen Rechte durch Befolgung einer späteren Anweisung des Committenten gefährdet. §. 10.

Ist die Anweisung an eine Bedingung geknüpft, so kommt die vorstehende Bestimmung mit dem Zeitpunkte zur Geltung, in welchem diese Bedingung erfüllt ist."

4) Am angeführten Ort S. 258.

5) Die preussische Allgemeine Gerichtsordnung Th. I, Tit. 50, §. 302 enthielt eine solche Bestimmung. Die neue Concursordnung hat sie beseitigt. Siehe §. 25 dieses Gesetzes und Motive dazu.

Zusatz III. §. 11. Die Motive dazu sagen: „Wenn einem Commissionär, welcher nicht direct zum Verkauf beauftragt, oder dessen Verkaufsordre widerrufen ist, die Anweisung ertheilt wird, die Waare zur Verfügung eines Dritten zu halten, so macht es das dem Handel eigenthümliche Deckungssystem ebenfalls nothwendig, in Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen des Civilrechts über Besitzübertragungen, beziehungsweise in weiterer Entwickelung dieser Grundsätze (vergl. Allg. Landrecht Th. I, Tit. 7, §§. 66 ff.), den Commissionär sofort als den Stellvertreter des Dritten anzusehen, so dass er das Gut sogleich für diesen besitzt und sich verantwortlich macht, wenn er dessen Rechte durch Befolgung späterer Anweisungen des Committenten gefährdet."

§. 12. In erster Lesung erkannte man die Tendenz des Artikels an und nahm denselben mit der Umänderung an, dass als Wirkung der betreffenden Anweisung nicht der Besitzerwerb für den Dritten, sondern die Verpflichtung des Commissionärs, „nur noch den Anweisungen des Dritten Folge zu leisten," eintrete, und Voraussetzung dieses Eintritts die Mittheilung an den Dritten sein solle. Protokolle S. 705 bis 707. Entwurf erster Lesung Art. 314.

In zweiter Lesung wurde der Satz jedoch in seiner Allgemeinheit für bedenklich erachtet und namentlich hervorgehoben, „dass in den bei der Versendung gebrauchten Ausdrücken es sich schwer erkennen lassen würde, wann die im Artikel vorausgesetzte, besonders qualificirte Anweisung, das Gut zur Verfügung des Empfängers zu halten, wirklich gemeint sei." Der Artikel wurde daher gestrichen. Protokolle S. 1198 bis 1200.

Art. 369.

Art. 369. Der Commissionär, welcher ohne Einwilligung des Committenten einem Dritten Vorschüsse macht oder Credit giebt, thut dies auf eigene Gefahr.

Insoweit jedoch der Handelsgebrauch am Orte des Geschäfts das Creditiren des Kaufpreises mit sich bringt, ist in Ermangelung einer anderen Bestimmung des Committenten auch der Commissionär dazu berechtigt.

Hat der Commissionär unbefugt auf Credit verkauft, so hat er dem Committenten, welcher dies nicht genehmigt, sofort als Schuldner des Kaufpreises die Zahlung zu leisten. Beweist der Commissionär, dass beim Verkauf gegen baar der Preis ein geringerer gewesen sein würde, so hat er nur diesen Preis und, wenn derselbe geringer ist, als der auftraggemässe Preis, auch den Unterschied gemäss Art. 363 zu vergüten.

Preuss. Entwurf Art. 287. — Entwurf I. Lesung Art. 315. — Entwurf II. Lesung Art. 346. **Art. 369.**
Protok. S. 707 f. — 1200. 1203. — 5092.

Absatz 1 handelt von jeder Art Commission, Absatz 2 und 3 nur von der Verkaufscommission; die Anerkennung der Ortssitte in Absatz 2 kann daher nicht auf das Creditiren bei anderen Commissionen oder das Gewähren von Vorschüssen [1]) erstreckt werden. §. 1.

Absatz 2. Unter dem Handelsgebrauch am Ort des Geschäfts kann nur derjenige Ort, nach dessen Recht das betreffende Rechtsverhältniss beurtheilt wird, also regelmässig der Erfüllungsort, verstanden werden (siehe Art. 324), denn was vom örtlichen Recht gilt, muss auch von der örtlichen Sitte gelten. §. 2.

Da es sich hier aber lediglich um das Verhältniss zwischen Committenten und Commissionär handelt, und die Berechtigung des Commissionärs zu creditiren nur auf eine stillschweigend ertheilte Erlaubniss des Committenten zurückzuführen ist, so kann nur die Sitte desjenigen Orts berücksichtigt werden, welcher auftragsgemäss, d. h. gemäss dem erkennbaren Willen des Committenten, beziehungsweise nicht gegen denselben, zum Ort des Geschäfts geworden ist. Hat der Commissionär in der Art abgeschlossen, dass ein anderer Ort als der auftragsmässige zum Geschäftsort wird, so können die Umstände so liegen, dass der Committent schon aus diesem Grund das Geschäft nicht anzuerkennen braucht (Art. 362). Berührt aber die Abweichung vom Auftrag im Uebrigen das Interesse des Committenten nicht, rechtfertigt sich also eine Nichtanerkennung des Geschäfts in seiner Totalität nicht, so kann doch der Commissionär, welcher Credit gegeben hat, sich nicht auf die Ortsusance an sich berufen, sondern er wird nur dann zum Creditgeben berechtigt sein, wenn der Handelsgebrauch auch des Orts, welcher auftragsgemäss Geschäftsort sein sollte, das Creditiren mit sich bringt [2]).

Handelsgebrauch — Handelssitte. S. Bemerk. zu Art. 279 §. 2. §. 3.

Insoweit, d. h. wenn allgemein oder wenn unter den vorliegenden Voraussetzungen; ferner: auf wie lange; ferner: welchen Personen gegen-

[1]) Ein in erster Lesung auf Erstreckung des Satzes auf Vorschüsse angenommener Antrag wurde in zweiter Lesung wieder gestrichen. Protokolle S. 708, 1203. Ueber die Frage, ob der Commissionär verpflichtet sei, für den Committenten in Vorschuss zu gehen, siehe Bemerkungen zu Art. 371 §. 5.

[2]) Nicht gerechtfertigt ist das Creditiren, wenn es lediglich am auftragsmässigen, nicht aber am wirklichen Geschäftsort Sitte ist. Dem Commissionär, der sich darauf berufen wollte, dass der wirkliche Geschäftsort nicht der auftragsmässige sei, würde eine exceptio doli entgegenstehen.

Art. 369. über, einheimischen oder auch fremden; ferner: mit welchen Modalitäten, z. B. bei Ausstellung von Wechseln, bei Bürgschaftsleistung, bei Deponirung in öffentlichen Lagerhäusern, unter Vorbehalt des Eigenthums etc.

Bestimmung, ausdrückliche oder stillschweigende.

§. 4. **Absatz 3.** Der Committent hat die Wahl, ob er das Geschäft, wie es geschlossen, für seine Rechnung abgeschlossen gelten lassen oder als ein gegen Contantzahlung mit der im zweiten Satz dieses Absatzes erwähnten Modification anerkennen will. Er ist jedoch bloss deswegen, weil der Kaufpreis creditirt ist, nicht befugt, dasselbe als nicht für seine Rechnung abgeschlossen überhaupt zurückzuweisen.

Gemäss Art. 363. Der Beweis, welcher nach dem angeführten Artikel den Commissionär von der Zahlung der Differenz zwischen dem Limito und dem erhaltenen Preis befreit, hat auch im Fall des vorliegenden Artikels die nämliche Wirksamkeit.

Art. 370.

Art. 370. Der Commissionär steht für die Zahlung oder für die anderweitige Erfüllung der Verbindlichkeit seines Contrahenten ein, wenn dies von ihm übernommen oder am Orte seiner Niederlassung Handelsgebrauch ist.

Der Commissionär, welcher für seinen Contrahenten einsteht, ist dem Committenten für die gehörige Erfüllung im Zeitpunkte des Verfalls unmittelbar und persönlich insoweit verhaftet, als solche aus dem Vertragsverhältnisse überhaupt rechtlich gefordert werden kann.

Der Commissionär, welcher für seinen Contrahenten einsteht, ist dafür zu einer Vergütung (Del-credere-Provision) berechtigt.

Preuss. Entwurf Art. 288. 289 Abs. 4. — Entwurf I. Lesung Art. 316. — Entwurf II. Lesung Art. 347.

Protok. S. 709 bis 713. 718 f. — 1201. — 5092.

§. 1. Die Motive zum preussischen Entwurf (S. 155 f.) sprechen sich so aus: „Der Nebenvertrag, durch welchen der Commissionär sich verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des dritten Contrahenten einzustehen (Uebernahme des del credere), ändert an der rechtlichen Natur des Commissionsverhältnisses weiter nichts, als dass der Committent das Recht erhält, den Commissionär als Selbstschuldner in Anspruch zu neh-

men, ohne dass dieser befugt ist, ihn mittelst Abtretung seiner contractlichen Rechte an den dritten Contrahenten zu verweisen. Im Uebrigen bleibt die rechtliche Stellung aller Theile dieselbe, mag der Commissionär del credere stehen oder nicht. Namentlich kann daher auch bei der Verkaufscommission mit del credere der Committent im Concurse des Commissionärs die Uebereignung des ausstehenden Kaufpreises an Stelle der in Commission verkauften Waaren verlangen. **Art. 370.**

Zu eng ist es, wenn das spanische Recht von der Uebernahme des del credere nur bei der Verkaufscommission spricht. Dem Begriff nach ist ein solcher Nebenvertrag auch bei der Einkaufscommission völlig zulässig und kommt auch praktisch bei dieser vor [1]).

Das Del-credere-Stehen des Commissionärs versteht sich keineswegs von selbst, wie dies hin und wieder, wenigstens bei gewissen Commissionen, angenommen worden ist; vielmehr ist, um dasselbe zu begründen, eine ausdrückliche oder stillschweigende Abrede erforderlich. Als eine solche stillschweigende Abrede muss es gelten, wenn die Uebernahme des del credere an dem Wohnort des Commissionärs Handelsgebrauch ist, weil anzunehmen ist, dass der Commissionär sich diesem Gebrauch habe unterwerfen wollen, wenn nicht das Gegentheil im Vertrage festgesetzt wurde. Inwiefern die Uebernahme des del credere noch in anderen Fällen ohne ausdrückliche Abrede, z. B. wenn die usancemässig höhere Delcredere-Provision bedungen worden, als geschehen anzunehmen ist, muss nach den vorliegenden Umständen beurtheilt werden."

Absatz 1. Uebernommen. Auch eine stillschweigende Uebernahme kann vorkommen. Für den Beweis einer solchen kann die Verabredung einer höheren als der üblichen einfachen Provision von Bedeutung sein. §. 2.

Handelsgebrauch, nicht aber frühere gesetzliche Bestimmung, wie z. B. nach badischem Landrecht Anhang Art. 92 a. d.

Absatz 2. Hat der Commissionär auftragsgemäss das committirte Geschäft abgeschlossen, und trifft ihn hinsichtlich der Auswahl seines Contrahenten kein Verschulden, so entledigt er sich seiner Verbindlichkeiten gegen den Committenten dadurch, dass er die aus dem Geschäft entstandenen Forderungen dem Committenten abtritt. Für die Realisirung dieser Forderungen hat er an sich nicht einzustehen. Er kann jedoch eine Garantie übernehmen und haftet gemäss dem Inhalt derselben. §. 3.

[1]) Oft wird unter Del-credere-Stehen nur das Einstehen des Verkaufscommissionärs für die Solvabilität des Käufers verstanden. Daher wurde zur Vermeidung möglichen Missverständnisses die im Entwurf I. Lesung Art. 316 und im Entwurf II. Lesung Art. 347 Abs. 1 stehende Parenthese „(del credere)" in dritter Lesung gestrichen, dagegen im dritten Absatz neben „Vergütung" in Parenthese „Del-credere-Provision" gesetzt. Protokolle S. 5092.

Art. 370. Ist dieser nicht näher bestimmt [2]), sondern einfach ein „Einstehen“, ein „Del-credere-Stehen“ verabredet, so hat diese Verabredung nach der gesetzlichen Interpretation des Abs. 2 die Bedeutung, dass der Commissionär neben seinen sonstigen Verpflichtungen aus dem Commissionsvertrag, beziehungsweise alternativ mit denselben, als Selbstschuldner für Erfüllung der Verpflichtungen des Dritten sich verbindlich macht. Der Committent kann mithin nach seiner Wahl vom Commissionär Cession der Klage gegen den Dritten oder Erfüllung der Verbindlichkeit desselben fordern.

Darin, dass der Committent sich die Klage gegen den Dritten hat cediren lassen, liegt an sich noch kein Verzicht auf Geltendmachung der Forderung auf Erfüllung gegen den Commissionär. Greift er zu dieser, so muss er die Klage rückcediren.

Auf das Verhältniss des Commissionärs zum Dritten hat die Uebernahme des del credere keinen Einfluss. Ob und wieweit der Commissionär den Dritten veranlassen kann, an dem zwischen Committenten und Commissionär schwebenden Process sich zu betheiligen, bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen.

§. 4. **Im Zeitpunkt des Verfalls.** „Nach der Auffassung des Handelsstands hat sich der Committent im Fall eines Del-credere-Vertrags um den Process des Commissionärs mit dem Dritten gar nicht zu kümmern, selbst nicht einmal soweit, dass er mit seinen Ansprüchen gegen den Commissionär bis nach Beendigung dieses Processes zu warten hätte.“ Protokolle S. 712.

Unmittelbar und persönlich. Von der Einrede der Vorausklage kann hier keine Rede sein, da der Committent als solcher gar keine Klage gegen den Dritten hat. Der Commissionär hat aber auch nicht etwa das Recht, dem Committenten zuzumuthen, vorerst mit der Cession der Klage des Commissionärs sich zu begnügen und nur, wenn und soweit er mit dieser wegen Insolvenz des Dritten die Erfüllung nicht erreicht, gegen den Commissionär zu klagen.

Insoweit, als solche — gefordert werden kann. Die Einrede, welche der Dritte aus dem betreffenden Geschäft hat, z. B. wegen mangelhafter Beschaffenheit des ihm gelieferten Commissionsguts, wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung etc., kann der Commissionär dem Committenten gegenüber geltend machen. War jedoch die Einrede durch Verschulden des Commissionärs entstanden, so beseitigt der Committent dieselbe durch eine replicatio doli.

[2]) Möglicher Weise kann auch nur eine Creditassecuranz verabredet sein.

Absatz 3. Das Einstehen für die Verbindlichkeit des dritten Contrahenten hat vorzugsweise Bedeutung, wenn diesem Credit gegeben ist. Allein es ist auf diesen Fall nicht beschränkt. Auch bei abgeschlossenem Baarverkauf kann ein Risico hinsichtlich des Kaufpreises eintreten, da bei der Erfüllung eines solchen häufig nicht Zug um Zug geleistet wird, sondern der Verkäufer mit der Erfüllung vorangeht [3]. Aber auch wenn dies nicht der Fall ist, kann das Einstehen für die Erfüllung des Vertrags von Interesse sein, insbesondere bei Lieferungsverträgen. Der Commissionär steht in diesem Fall zwar nicht dafür ein, dass der Dritte liefere oder den Kaufpreis zahle, aber dafür, dass er gegen Zahlung des Kaufpreises liefere oder gegen Lieferung den Kaufpreis zahle. **Art. 370. §. 5.**

Ja auch, wenn der Vertrag sofort und Zug um Zug erfüllt wird, hat das Einstehen des Commissionärs für die Erfüllung seine Bedeutung, da er für die gehörige Erfüllung zu haften hat, also auch für die vertragsmässige Beschaffenheit der gelieferten Waare verantwortlich ist. Mithin kann auch in diesen Fällen das Einstehen für die Erfüllung des Vertrags mit Wirksamkeit übernommen und eine Gegenleistung dafür verabredet werden. Ob ein solches Einstehen in der That übernommen sei, ist im einzelnen Fall zu untersuchen.

Zunächst ist aus den Umständen zu entnehmen, auf welche Fälle die

[3]) Der preussische Entwurf (Art. 289 Abs. 4) enthält noch den Zusatz: „Er hat darauf (auf die Provision) keinen Anspruch, wenn er unmittelbar gegen baar veräussert hat.“ Die Motive (S. 156) bemerken darüber: „Die höhere Del-credere-Provision ist eine Entschädigung, welche dem Commissionär wegen der von ihm übernommenen Garantie, für die Erfüllung der Verbindlichkeit seines Contrahenten einzustehen, und wegen der damit verbundenen Gefahr zugebilligt wird. Hat daher der Verkaufscommissionär gegen sofortige Zahlung verkauft, so muss sein Anspruch auf diese Provision fortfallen, weil hier die Möglichkeit einer zu übernehmenden Gefahr nicht gegeben ist.“ Allein diese Motivirung ist höchstens gerechtfertigt, wenn man von der Auffassung des (in das Gesetz nicht aufgenommenen) Art. 271 Abs. 3 des preussischen Entwurfs ausgeht, wonach „nach Credit auch in dem Fall verkauft ist, wo der Verkauf gegen baare Zahlung geschlossen, gleichwohl die Waare vor erfolgter Zahlung an den Käufer ausgeliefert worden ist“ (s. o. Bemerkungen zu Art. 342 Note 1). In den Verhandlungen wurde gegen den obigen Satz vorgebracht: „Sein Inhalt verstosse gegen die allgemeine Uebung der Kaufmannschaft. Es gebe viele Verkäufe auf baar, bei welchen dennoch für den Verkäufer eine Gefahr vorhanden sein könne, zumal selten die Verkäufe auf baar in der Art ausgeführt würden, dass die Leistungen wirklich Zug um Zug erfolgten, namentlich verlaufe da, wo Cassirtage, Zahlungen durch Banken etc. hergebracht seien, zwischen der Uebergabe der Waare und der wirklichen Zahlung immer einige Zeit. Wenn nun der Commissionär dem Committenten die hierbei unterlaufende Gefahr abnehme, so sei nicht abzusehen, warum er hierfür nicht die entsprechende höhere Provision solle berechnen dürfen. Man könne nicht einwenden, dass durch eine solche Befugniss der Committent leicht beschädigt werden könne, denn die Uebernahme der Gefahr könne selbstverständlich der Commissionär dem Committenten nicht aufdringen.“ Protokolle S. 718.

Art. 370. Verabredung sich beziehen soll, ob nur auf den Fall, wenn Credit gegeben ist, oder auch auf andere oder auf alle Fälle, in welchen ein Einstehen möglich ist [4]). Ergiebt sich nichts aus den Umständen, so ist nach Abs. 2 unseres Artikels anzunehmen, dass das Einstehen für jede Gefahr gemeint sei.

Es würde sich aber noch fragen, wie das Rechtsverhältniss aufzufassen sei, wenn der Commissionär aus besonderen Gründen in der That gar keine Gefahr gelaufen ist. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Verkaufscommissionär einen Tagsverkauf mit Erfüllung Zug um Zug abschliesst, oder wenn der Dritte gegen ihn Forderungen hat, mit welchen er die Kaufpreisforderung compensirt. Von einem Einstehen für die (lediglich in Zahlung des Kaufpreises bestehende) Erfüllung kann hier gar nicht die Rede sein. Ist aber trotzdem die Del-credere-Provision verdient? Allerdings dürfte es wohl der käufmännischen Auffassung entsprechen, dass, wenn bei Abschluss des Commissionsvertrags das Delcredere-Stehen im Allgemeinen verabredet ist, dies der Absicht der Parteien nach soviel bedeutet, als: wie auch der Vertrag mit dem Dritten geschlossen werden mag, mit Credit, ohne Credit u. s. w., der Commissionär verpflichtet sich dem Committenten gegenüber, dass der Vertrag erfüllt werde, gleichviel ob der Commissionär im einzelnen Fall ein Risico läuft oder nicht — dafür erhält der Commissionär die Del-credere-Provision. Mit anderen Worten: die Del-credere-Provision ist nicht eine Vergütung für die Uebernahme der aus dem abgeschlossenen Vertrag sich ergebenden Gefahr der Erfüllung, sondern eine Vergütung dafür, dass der Commissionär die Gefahr der Erfüllung übernimmt, wenn eine solche entstehen sollte [5]). Es kann daher von einem Ristorno (Zurückfordern oder Einbehaltung der Prämie), wenn eine Gefahr nicht entsteht, nicht die Rede sein. Dieser Satz wird auch wichtig für den Fall des Art. 376. S. Bemerkungen zu diesem Artikel §. 8.

Art. 371.

Art. 371. Der Committent ist schuldig, dem Commissionär zu ersetzen, was dieser an baaren Auslagen oder überhaupt zum Vollzug des

[4]) Beruht das Del-credere-Stehen auf Usance, so ist der Inhalt dieser Usance zu untersuchen. — Diese Untersuchung ist nicht etwa dadurch ausgeschlossen, dass statt „ortsübliche höhere Provision" gesetzt wurde: „Vergütung" (Protok. S. 719); denn durch die Beseitigung des Worts ortsüblich wurde nur ausgesprochen, dass, wo ein Einstehen vorkomme, überall auch eine Vergütung dafür gegeben werden müsse, nicht aber geht daraus irgend etwas für den Umfang des Einstehens hervor.

[5]) Dafür spricht auch, dass die Höhe der Del-credere-Provision sich nicht nach der Höhe der im einzelnen Fall übernommenen Gefahr (z. B. nach der grösseren oder geringeren Creditwürdigkeit des Käufers) richtet.

Geschäfts nothwendig oder nützlich aufgewendet hat. Hierzu gehört auch die Vergütung für die Benutzung der Lagerräume und der Transportmittel des Commissionärs und der Arbeit seiner Leute. Art. 371.

Der Commissionär hat die Provision zu fordern, wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist. Für Geschäfte, welche nicht zur Ausführung gekommen sind, kann eine Provision nicht gefordert werden; jedoch hat der Commissionär das Recht auf die Auslieferungsprovision, sofern eine solche ortsgebräuchlich ist.

Preuss. Entwurf Art. 289. — Entwurf I. Lesung Art. 317. — Entwurf II. Lesung Art. 348.

Protok. S. 713 bis 719. — 1204 bis 1207.

Absatz 1. Die Provision bildet eine Vergütung für die eigentlich „kaufmännischen Dienste" des Commissionärs. Verwendet er hierbei seine Leute oder andere Personen, so kann er dafür einen besonderen Ersatz nicht beanspruchen. Anders, wenn er durch seine Leute andere Dienste leisten lässt, oder dazu seine Räumlichkeiten, Geräthe, Transportmittel verwendet, z. B. zum Abholen der Waaren vom Bahnhof oder aus dem Schiff, zum Weitertransport derselben, zur Lagerung, Bearbeitung, Umpackung u. s. w.; hierfür kann er Ersatz verlangen. Vergl. Art. 290 und Bemerkungen dazu §. 1. §. 1.

Sollen die für Rechnung des Committenten abzuschliessenden Geschäfte im Laden abgeschlossen werden und stellt der Commissionär dazu besondere Räumlichkeiten her oder vermiethet er solche oder nimmt er in seinen Verkaufslocalitäten Veränderungen vor, so wird er dem Committenten die darauf gemachten Verwendungen nicht berechnen können, der Ersatz dafür ist vielmehr im Zweifel in der Provision enthalten [1]). Dies schliesst nicht aus, dass, wenn der Committent mit Bezug auf die Nothwendigkeit der Errichtung oder Einrichtung der Verkaufslocalitäten dem Commissionär versprochen hatte, während einer gewissen Zeit Waaren zum Verkauf zu schicken und die Erfüllung dieses Ver-

[1]) Hinsichtlich anderer Massregeln zur Beförderung des Abschlusses des committirten Geschäfts kann es oft zweifelhaft sein, ob die darauf gemachten Verwendungen besonders zu berechnen sind oder nicht; aber auch, wenn anzunehmen ist, dass der Ersatz derselben nach ausdrücklicher oder stillschweigender Verabredung durch die Provision gewährt ist, so wird doch, soweit es sich nicht um eigentliche kaufmännische Dienste handelt, dann, wenn die Commission widerrufen wird, der Commissionär Ersatz der bereits gemachten Verwendungen verlangen können, z. B. Kosten für Anfertigung eines Katalogs der zu verkaufenden Gegenstände.

Art. 371. sprechens ohne haltbaren Grund [2]) unterlässt, der Commissionär eine nach den Umständen zu berechnende Entschädigung beanspruchen kann. In Betracht kommt bei der Berechnung derselben insbesondere die Höhe der verabredeten Provision, die Summe der bereits verdienten, sowie der zu erwartenden Provision, der Werth, welchen die getroffene Einrichtung, auch abgesehen von den betreffenden Geschäften, für den Commissionär hatte und noch hat. Die Verabredung mit dem Committenten und die Bezugnahme auf die zu machenden Aufwendungen braucht keine ausdrückliche zu sein, sondern kann sich aus den Umständen ergeben.

§. 2. Der Commissionär kann wie jeder Kaufmann nach Art. 290 Abs. 2 „von seinen Darlehen, Vorschüssen, Auslagen und anderen Verwendungen vom Tage ihrer Leistung oder Beschaffung an Zinsen in Ansatz bringen.“ Es wurde dies wegen der allgemeinen Vorschrift in dem angeführten Artikel nicht besonders hier ausgesprochen. Protok. S. 1204.

§. 3. Ob der Commissionär, welcher ohne erhaltenen Auftrag Versicherung genommen hat [3]), den Ersatz der Prämie und sonstige Versicherungskosten verlangen kann, entscheidet sich nach den Umständen des einzelnen Falls. „Die Eingehung von Versicherungen und die Bezahlung von Prämien für dieselben fällt, wenn nach Lage des Falls jeder ordentliche Kaufmann versichert haben würde, unter den Gesichtspunkt nützlicher Verwendungen, selbst wenn hinterher die Waare kein Unfall getroffen hat.“ Protok. S. 1205. Es ist gleichgültig, ob der Commissionär das betreffende Commissionsgut speciell versichert oder für sein ganzes Commissionslager Versicherung genommen hat. In den Fällen, in welchen er die specielle Versicherungsprämie berechnen darf, ist er auch befugt, einen entsprechenden Theil der für die Versicherung des Lagers gezahlten Prämie zu beanspruchen.

§. 4. Es handelt sich hier nur um die Versicherung des Interesse des Committenten, beziehungsweise dritten Erwerbers an dem Commissionsgut, von der sogenannten Versicherung der Waare selbst. Versichert der Commissionär nur sein Interesse an der Waare, d. h. die

[2]) Als ein solcher Grund dürfte in vielen Fällen schon der Umstand anzusehen sein, dass es sich herausstellt, dass das Geschäft aus irgend einem Grund keinen Vortheil gewährt, sei es wegen Irrthums in der angestellten Berechnung, sei es wegen Conjuncturveränderungen u. s. w. Denn es wird anzunehmen sein, dass beide, Committent und Commissionär, die Gefahr des Erfolgs jeder für seinen Theil übernommen hatte, mit anderen Worten, dass das Versprechen nur unter Voraussetzung des Eintritts eines günstigen Erfolgs gegeben wurde. Anders, wenn der Committent allein als Speculant erscheint und den Commissionär zur Aufwendung veranlasste.

[3]) Ueber die Verpflichtung, Versicherung zu nehmen, siehe Art. 367 Abs. 2 und Bemerkungen dazu §. 2.

Waare, insofern und insoweit sie ihm als Deckung für seine Forderungen dient, so trägt er die Versicherungskosten. Siehe Bemerkungen zu Art. 367 Note 3. **Art. 371.**

Ueber die Frage, ob, beziehungsweise unter welchen Voraussetzungen der Commissionär für den Committenten **in Vorschuss gehen** müsse, enthält das Gesetz keine Bestimmung. In erster Lesung wurde beantragt, den §. 140 des revidirten österreichischen Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs [4]) aufzunehmen, also lautend: §. 5.

„Hat der Commissionär die Besorgung eines bestimmten Geschäfts, mit welchem Auslagen verbunden sind, ohne sich einen Vorschuss zu bedingen, übernommen, so ist er auch verpflichtet, dieselben vorzustrecken, wenn nicht eine solche Veränderung der Umstände eintritt, durch welche der Committent gegründeter Weise des Vertrauens verlustig wird."

Für diesen Antrag wurde vorgebracht, „man müsse annehmen, dass ein Commissionär die Absicht gehabt habe, die durch das Geschäft bedingten, in den allermeisten Fällen voraussehbaren Auslagen zu bestreiten, wenn er einen ihm ohne Deckung zugekommenen Auftrag ohne Vorbehalt angenommen habe; in einem solchen Fall sei es gewiss ungerechtfertigt, dem Commissionär das Recht einzuräumen, dass er hinterher die Ausführung des übernommenen Auftrags von Einsendung einer entsprechenden Deckung abhängig mache, oder gar auf die Gefahr des Committenten unterlasse, und sich mit dem Einwand vertheidige, dass er keine Deckung gehabt habe." Dagegen wurde bemerkt, „die angeregte Frage könne nur dann richtig entschieden werden, wenn man in jedem einzelnen Fall die speciellen und individuellen Verhältnisse in Betracht ziehe. Auf die Rücksichten der bona fides werde hierbei ausserordentlich viel ankommen. Je nachdem ein Commissionär seit längerer Zeit mit einem Committenten in Geschäftsverbindung gestanden, schon öfter in ähnlichen Angelegenheiten Vorschüsse geleistet habe oder nicht, werde man eine andere Entscheidung zu geben haben. Zudem sei in den seltensten Fällen von einer förmlichen Feststellung der Bedingungen die Rede, unter denen der Commissionär die Ausführung eines Auftrags zu übernehmen gedenke; höchst selten schreibe der Commissionär, dass er den Auftrag annehme, sondern er gehe in der Regel sofort an die Ausführung. Diesem Gebrauch gegenüber werde die Vorschrift des §. 140 schwer Eingang finden, und um so schwerer, als der gewöhnlichen Auffassung des Verkehrs gerade das Gegentheil der vorgeschlagenen Bestimmungen entsprechend sei, denn im Allgemeinen gehe man von der Ansicht

[4]) S. Bd. I, S. 16, Note 17.

Art. 371. aus, dass der Commissionär, abgesehen von besonderen Verhältnissen, Geschäftsverbindungen u. s. w. aus seiner Tasche Vorschüsse zu machen nicht verbunden sei.“ Der Antrag wurde abgelehnt. Protok. S. 719. 720. 747 bis 749 [5]).

§. 6. **Absatz 2. Provision.** Dass der Commissionär Provision zu fordern hat, ergiebt sich aus Art. 290, welcher auch festsetzt, dass die Höhe derselben, wenn nicht Verabredungen darüber getroffen sind, durch Ortsgebrauch bestimmt werde (siehe Bemerkungen zu Art. 290 §. 2). Abs. 2 unseres Artikels bestimmt, in welchem Zeitpunkt die Provision verdient ist. Auf den Ersatz der Verwendungen hat dies natürlich keinen Einfluss. Diese sind jedenfalls vom Committenten zu ersetzen.

Die Gründe, warum die Provision nicht nach Verhältniss der aufgewendeten Mühe, sondern nach Procenten des Werths des Vertragsobjects berechnet und nicht ausbezahlt wird, wenn das Geschäft nicht zu Stande, beziehungsweise nicht zur Ausführung kommt, sind die nämlichen, welche zu einer ähnlichen Behandlung der Courtage geführt haben. Siehe Bemerkungen zu Art. 82 §. 1 bis 7. Bd. I, S. 194 ff.

§. 7. **Wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist.** Nach dem preussischen Entwurf Art. 289 Abs. 2 sollte die Provision verdient sein mit dem Abschluss des Geschäfts. In zweiter Lesung wurde, dem Vorschlag der Redactionscommission in Art. 317 des Entwurfs erster Lesung *) entsprechend, beschlossen, statt dessen zu setzen: „sobald das Geschäft zur Ausführung gekommen ist“ [6]). Es sollte dies „ein Ausdruck mehr factischer als juristischer Bedeutung sein, der nach der Auffassung des Handelsverkehrs nach Gestalt der Dinge bald soviel sage als „„Erfüllung des Geschäfts““, bald weniger als dies.“ Protok. S. 1206.

In der That kann aber unter Ausführung des Geschäfts nicht wohl etwas Anderes als Erfüllung verstanden werden, so dass also in denjenigen Fällen, in welchen die Erfüllung nicht mit dem Abschluss selbst zusammenfällt, die Provision dann nicht verdient ist, wenn das, wenn gleich fest abgeschlossene, Geschäft aus irgend einem Grund nicht erfüllt wird, und es ist nicht zu ersehen, wie „eine richtige Auslegung von selbst

[5]) Ueber die hiermit nicht zusammenhängende Frage über die Tragung der Gefahr der vom Commissionär dem Dritten gemachten Vorschüsse s. o. Art. 369 Abs. 1.

[6]) Schon in erster Lesung wurden „Bedenken darüber laut, ob der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses überall auch als der der Entstehung eines Rechts auf Provision betrachtet werden könne, und wurden mehrere Vorschläge gemacht, den Zeitpunkt der Ausführung oder der Vollstreckung oder die Vollziehbarkeit für entscheidend zu erklären.“ Protok. S. 718. In zweiter Lesung wurde für die angenommene Bestimmung angeführt, „sie enthalte einen Sporn für den Commissionär, die Geschäfte auf solider Basis auszuführen.“ Protok. S. 1206.

dahin führen solle, dass einer erst längere Zeit nach Abschluss des Geschäfts durch freiwillige Uebereinkunft des Committenten und dritten Contrahenten veranlassten Auflösung des Geschäfts kein Einfluss auf die Provision des Commissionärs eingeräumt werde.“ Protok. S. 1206 f. Art. 371.

Auslieferungsprovision pflegt bewilligt zu werden, wenn „ohne Schuld des Commissionärs die Verkaufscommission nicht hat realisirt werden können“ [7]. Sie besteht gewöhnlich in der Hälfte der Verkaufsprovision. §. 8.

Art. 372.

Wenn der Commissionär zu vortheilhafteren Bedingungen abschliesst, als sie ihm vom Committenten gestellt worden, so kommt der Vortheil dem letztern allein zu Statten. Art. 372.

Dies gilt insbesondere, wenn der Preis, für welchen der Commissionär verkauft, den vom Committenten bestimmten niedrigsten Preis übersteigt, oder wenn der Preis, für welchen er einkauft, den vom Committenten bestimmten höchsten Preis nicht erreicht.

Preuss. Entwurf Art. 290. — Entwurf I. Lesung Art. 318. — Entwurf II. Lesung Art. 349.

Protok. S. 720 f. — 1207.

Commission ist nicht Trödelvertrag (contractus aestimatorius), beziehungsweise nicht ein diesem Vertrag analog gebildeter Vertrag. Das Limito ist lediglich im Interesse des Committenten gesetzt und bezeichnet den Betrag, über welchen hinaus dem dritten Contrahenten eine Gegenleistung nicht gewährt, und unter welchem eine solche von demselben nicht stipulirt werden darf. Wird verabredet, dass der Verkaufscommissionär den Mehrbetrag, um welchen der Kaufpreis das Limito überschreitet, für sich behalten, der Einkaufscommissionär, auch wenn er niedriger §. 1.

[7]) Der preussische Entwurf hatte das Recht auf Auslieferungsprovision auf die Fälle beschränkt, „wenn der Commissionär das ihm zum Verkauf übergebene Gut in Folge des Widerrufs des Auftrags oder eines Verschuldens oder Zufalls auf Seiten des Committenten zurückgeben muss.“ In der Verhandlung wurde bemerkt, die Auslieferungsprovision pflege nicht bloss unter diesen Voraussetzungen, sondern allgemein bewilligt zu werden, wenn ohne Schuld des Commissionärs die Verkaufscommission nicht habe realisirt werden können. Sie komme z. B. gerade am häufigsten in dem vom Entwurf gar nicht berührten Fall vor, wenn dem Commissionär ein Limitum gesetzt und dieses trotz aller seiner Bemühungen nicht zu erreichen gewesen, der Committent aber dadurch veranlasst worden sei, über die Waare anderweitig zu verfügen.“ Protok. S. 716.

Art. 372. einkauft, dem Committenten doch den gesammten Limitopreis anrechnen kann, so wird das Geschäft trotz der Bezeichnung als Commission zum Trödelvertrag, bez. zu einem diesem nachgebildeten Vertrag.

§. 2. Im einzelnen Fall kann der Committent ausnahmsweise ein Interesse daran haben, dass das Commissionsgut nicht um einen höheren als den festgesetzten Preis verkauft oder nicht niedriger als festgesetzt eingekauft werde [1]). Der festgesetzte Preis hat dann nicht die Natur des Limito, und der Commissionär, welchem dies bekannt ist, hat die Verpflichtung, diese Bestimmung einzuhalten. Das Geschäft selbst bleibt Commission.

Art. 373.

Art. 373. Ein Commissionär, welcher den Ankauf eines Wechsels übernommen hat, ist, wenn er den Wechsel indossirt, verpflichtet, denselben regelmässig und ohne Vorbehalt zu indossiren.

Preuss. Entwurf Art. 291. — Entwurf I. Lesung Art. 319. — Entwurf II. Lesung Art. 350.
Protok. S. 721 bis 726. — 1207.

§. 1. **Ankauf übernommen.** Die Commission kann lediglich auf Ankauf des Wechsels gehen oder mit einer sonstigen Commission, z. B. Verkaufscommission oder einem sogenannten gewöhnlichen Auftrag, z. B. zur Eincassirung von Geldern im Namen des Auftraggebers in der Art verbunden sein, dass der Commissionär beauftragt wird, die eingenommenen Gelder durch Wechsel zu remittiren. Aber auch der Fall, wenn der Commissionär ohne speciellen Auftrag in Ausführung einer Commission oder eines sonstigen Auftrags einen Wechsel für Rechnung des Committenten einkauft und denselben indossirt, gehört hierher.

§. 2. **Wenn er den Wechsel indossirt.** Der Artikel spricht nicht aus, dass er den Wechsel indossiren muss. Er kann den Wechsel auch von dem dritten Verkäufer sofort auf den Committenten indossiren lassen oder denselben in bianco indossirt kaufen.

§. 3. **Wechsel.** In denjenigen Rechtsgebieten, in welchen die sogenannte „kaufmännische Anweisung“ (siehe oben Bemerkungen zu Art. 301 §. 10) dem Wechsel gleichgestellt ist, ist dieser Artikel auch auf den Ankauf solcher Anweisungen zu beziehen.

[1]) S. Bemerkungen zu Art. 361 §. 8.

Regelmässig und ohne Vorbehalt. Ein Wechsel wird leicht dadurch discreditirt, dass aus ihm ersichtlich ist, dass eine Person, durch deren Hände er gegangen ist, betreffs seiner Einlösung nicht ohne Zweifel ist. Ein solcher Zweifel kann durch Hinzufügung eines Vorbehalts zum Indossament, durch welchen sich der Indossant gegen einen etwaigen Regressanspruch sichert (Art. 14 der allgemeinen deutschen Wechselordnung) ausgesprochen sein. Auch eine Unregelmässigkeit in der Form des Indossaments, d. h. eine Abweichung von der üblichen Form desselben kann Anstoss erregen. Der Committent braucht sich nicht gefallen zu lassen, dass der ihm vom Commissionär verschaffte Wechsel durch ein derartiges Indossament an der leichten Verwerthbarkeit einbüsse. **Art. 373.** §. 4.

Das Bianco-Indossament (Art. 12 der Wechselordnung) kann nicht als ein unregelmässiges Indossament angesehen werden, doch kann der Committent seinen Auftrag auf ein ausgefülltes Indossament, wie überhaupt auf jede beliebige Fassung desselben richten, auch bestimmen, dass dasselbe auf einen anderen Namen als auf seinen eigenen gestellt werde.

In seiner jetzigen Gestalt hat der Artikel eine untergeordnete Bedeutung. Voraussetzung desselben ist die Thatsache, dass der Commissionär den eingekauften Wechsel indossirt. Die wichtigere Frage aber, ob der Commissionär, welcher den Ankauf eines Wechsels übernommen hat, zu dessen Indossirung verpflichtet sei, beziehungsweise welches Rechtsverhältniss hierdurch zwischen Committenten und Commissionär entstehe, berührt das Gesetzbuch nicht. Eine solche Verpflichtung hatte der preussische Entwurf ausgesprochen, dessen Art. 291 lautet: §. 5.

„Ein Commissionär, welcher den Ankauf eines Wechsels übernommen hat, ist, wenn ein anderes nicht bedungen ist, verpflichtet, den Wechsel regelmässig und ohne Vorbehalt zu indossiren."

Bei der Verhandlung wurde es jedoch nicht für angemessen gehalten, für den Ankauf von Wechseln eine unbedingte und allgemeine Ausnahme von dem Princip, dass der Commissionär für fremde Rechnung handle, aufzustellen. Man liess daher die betreffenden Fragen offen. — Hinsichtlich derselben ist nunmehr Folgendes zu bemerken.

Der Commissionär, welcher für den Committenten einen Wechsel einkauft, ist verpflichtet, bei dem Einkauf desselben wie bei jeder anderen Waare mit der gehörigen Sorgfalt zu Werke zu gehen. Versäumt er dies, kauft er z. B. einen Wechsel, dessen Honorirung oder Einlösung schon zur Zeit des Ankaufs begründeten Zweifel aufkommen lässt, so haftet er für den eventuellen Schaden, der dem Committenten daraus §. 6.

Art. 373. entsteht, auch wenn er den Wechsel nicht oder wenn er ihn mit Vorbehalt indossirt hatte. Hat er dagegen beim Einkauf die nöthige Sorgfalt angewandt, so haftet er, wenn der Wechsel nicht honorirt wird, ebensowenig, als wenn die durch ihn gekaufte Waare später verdirbt, sich zu einem gewissen Gebrauch nicht verwendbar zeigt, confiscirt oder vindicirt (Art. 306 Abs. 4), wenn das eingekaufte Staatspapier nicht honorirt wird u. s. w. Das committirte Geschäft ist mit Tradition des Wechsels zur Ausführung gekommen. Es ist daher auch in diesem Zeitpunkt die Provision verdient (Art. 371 Abs. 2).

§. 7. Der Commissionär kann aber auch, wie er für gewisse Eigenschaften von Waaren, die er eingekauft hat, eine Garantie übernehmen kann [1]), so auch dafür, dass der Wechsel honorirt werde, dem Committenten einstehen. Dies geschieht am einfachsten dadurch, dass er den Wechsel dem Committenten indossirt. Dieses Einstehen fällt aber nicht unter das in Art. 370 behandelte, denn es handelt sich nicht um das Einstehen für Erfüllung der Verbindlichkeiten des dritten Contrahenten. Dieser hat vielmehr seine aus dem Wechselschluss (pactum de cambiando) entstandene Verbindlichkeit durch Tradition des Wechsels erfüllt, und ist völlig liberirt, wenn er nicht zufällig auch Indossant oder Aussteller des von ihm verkauften Wechsels ist und als solcher (nicht als Contrahent des Wechselschlusses) haftet, was z. B., wenn er einen von einem früheren Inhaber in bianco indossirten Wechsel verkauft (oder mit Vorbehalt indossirt), nicht der Fall ist.

§. 8. Hieraus folgt:

1) Ist das Del-credere-Stehen an einem Ort Handelsgebrauch, so ist dadurch allein der Commissionär, der den Ankauf eines Wechsels übernommen hat, nicht verbunden, denselben zu indossiren. Dies würde nur dann der Fall sein, wenn ein speciell auf die Verpflichtung zu indossiren gerichteter Handelsgebrauch bestände.

2) Hat der Commissionär den Wechsel auftragsgemäss indossirt, so kann er darum noch nicht die Del-credere-Provision aus Art. 370 Abs. 3 in Anspruch nehmen.

3) Ist der Auftrag lediglich auf Ankauf eines Wechsels gerichtet, so liegt in der Uebernahme desselben an sich nicht die Verpflichtung zum Indossiren.

1) Es ist hierunter nicht ein Einstehen für gehörige Erfüllung von Seiten des dritten Verkäufers gemeint, sondern eine specielle Garantie für Eigenschaften, für welche der dritte Contrahent (der Verkäufer) selbst nicht haftet; z. B. der Commissionär übernimmt als besonders Sachverständiger die Garantie, dass die von ihm eingekaufte Seide sich gut färbt oder zu gewissen Geweben sich besonders eignet, während der Verkäufer ein darauf gerichtetes Versprechen nicht gegeben hatte.

Es würde sich nur noch fragen, welches Rechtsverhältniss das Indossiren des Wechsels unter den Parteien erzeugt. Art. 373. §. 9.

Geschieht es in Folge eines speciellen Handelsgebrauchs (§. 8 Nr. 1), so steht dem Commissionär gegenüber der Regressklage des Committenten eine Einrede aus der Commission nicht entgegen, und der von einem späteren Indossatar belangte Commissionär hat keine Klage (actio mandati contraria) auf Ersatz der bezahlten Regresssumme gegen den Committenten.

Wird der Wechsel in Folge eines darauf gerichteten Auftrags indossirt, so ist zu untersuchen, ob der Auftrag darauf ging, dass der Commissionär eine materielle Garantie übernehmen solle, oder ob sein Indossament nur aus anderen Gründen gefordert wurde, z. B. damit der Wechsel die zum Zweck des Gebens in Discont erforderliche Anzahl von Unterschriften erhalte. Im letzteren Fall hat der Commissionär aus dem unterliegenden Verhältniss gegen die Regressklage des Committenten eine wirksame Einrede, beziehungsweise, wenn er von späteren Indossataren belangt worden ist, eine Klage auf Ersatz der bezahlten Regresssumme, im ersteren nicht. Im Zweifel wird die Uebernahme einer materiellen Garantie anzunehmen sein.

Art. 374.

Art. 374.

Der Commissionär hat an dem Commissionsgut, sofern er dasselbe noch in seinem Gewahrsam hat oder sonst, insbesondere mittelst der Connossemente, Ladescheine oder Lagerscheine, noch in der Lage ist, darüber zu verfügen, ein Pfandrecht wegen der auf das Gut verwendeten Kosten, wegen der Provision, wegen der rücksichtlich des Guts gegebenen Vorschüsse und Darlehen, wegen der rücksichtlich desselben gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten, sowie wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Commissionsgeschäften.

Der Commissionär kann sich für die vorstehend erwähnten Ansprüche aus den durch das Commissionsgeschäft begründeten und noch ausstehenden Forderungen vorzugsweise vor dem Committenten und dessen Gläubigern befriedigen.

Preuss. Entwurf Art. 292. — Entwurf I. Lesung Art. 320. — Entwurf II. Lesung Art. 351.

Protok. S. 726 bis 729. — 1207 f. — 4625 f. — 5103 f.

Art. 374. §. 1. Hinsichtlich der Sicherung der Forderungen des Commissionärs gegen den Committenten sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Das im Besitz des Commissionärs befindliche Commissionsgut steht im Eigenthum des Committenten [1]; z. B. Waare, welche dem Commissionär zum Verkauf übergeben oder solche, welche vom Commissionär für Rechnung des Committenten gekauft und für diesen erworben ist [2]. Dem Commissionär steht an diesem Gut ein gesetzliches Pfandrecht zu. Auf Grund desselben

a. retinirt er das Gut, dessen Herausgabe der Committent verlangt, bis zu seiner Befriedigung wegen der in Abs. 1 unseres Artikels aufgezählten Forderungen.

b. Ist der Committent mit Bezahlung dieser Forderungen in Verzug, so verkauft er das Pfand unter Beobachtung der Formen des Art. 310.

Der Concurs des Committenten beseitigt oder modificirt diese Rechte nicht. Art. 375.

2) Das Commissionsgut ist im Eigenthum des Commissionärs, z. B. Waare, welche der Commissionär für Rechnung des Committenten eingekauft aber nicht diesem erworben hat [3]. Von einem Pfandrecht des Commissionärs an seiner eigenen Sache kann nicht die Rede sein. Art. 374 Abs. 1 kann daher keine Anwendung finden. Trotzdem sind die Rechte des Commissionärs genau die nämlichen, wie im Fall Nr. 1. Er hat namentlich kein weitergehendes Recht hinsichtlich des Verkaufs. Dieses ist auch für diesen Fall durch Art. 375, der keineswegs sich nur auf die Realisirung des Pfandrechts bezieht, geregelt. Die Bestimmung ist aber auch dadurch gerechtfertigt, dass die Waaren, trotzdem dass sie im Eigenthum des Commissionärs stehen, doch für Rechnung des Committenten erworben sind und auf dessen Gefahr stehen.

3) Der Commissionär hat Geld für Rechnung des Committenten eingenommen; z. B. den Kaufpreis für verkaufte Waaren. Er compensirt gegen die Forderung des Committenten auf Zahlung desselben seine ihm gegen diesen zustehenden Forderungen.

4) Aus dem für Rechnung des Committenten geschlossenen Geschäft bestehen Forderungen, sei es auf Zahlung des Kaufpreises oder sonstiger Geldforderungen, sei es auf Lieferung von Waaren etc. An diesen Forderungen kann der Commissionär, da er selbst Rechtssubject derselben ist, kein Pfandrecht haben. Aber, wenngleich formell Rechtssubject der Forderung, ist er doch verpflichtet, dieselbe dem Com-

[1] Ueber den Fall, wenn ein Dritter Eigenthümer ist, s. u. §. 2.

[2] S. o. Zusatz II. zu Art. 368.

[3] S. ebendaselbst.

mittenten zu cediren, und unter Umständen nicht befugt, dieselbe zu realisiren. Diesem Recht des Committenten gegenüber muss mithin die Forderung des Commissionärs gesichert werden. Dies geschieht dadurch, dass, wenn der Committent Abtretung der Forderung verlangt, der Commissionär dieselbe bis zur Befriedigung seiner Forderung verweigert. Ob er inzwischen zur Realisirung der Forderungen befugt ist, entscheidet sich nach den besonderen Verhältnissen des Falls (s. o. Art. 368 Bemerk. §. 2). Doch fällt, auch wenn der Commissionär nicht dazu befugt ist, diese Beschränkung in Folge des Verzugs des Committenten hinweg. Art. 374.

Ueber das Verfahren mit dem eincassirten Kaufpreis s. o. Nr. 3. In Betreff der in Folge der Realisirung der Forderung erworbenen Waare gilt das unter Nr. 1 bez. Nr. 2 Bemerkte.

Der Concurs des Committenten modificirt diese Rechtsverhältnisse nicht.

Ist die Forderung dem Committenten cedirt, so fällt jede Möglichkeit der Realisirung der Sicherheitsmassregeln weg [4]).

Durch das stillschweigende Pfandrecht, welches der Artikel dem Commissionär einräumt, wird den Rechten Dritter am Commissionsgut nicht in weiterem Umfang präjudicirt, als dies durch eine vertragsmässige Verpfändung geschehen würde. Ein dritter Eigenthümer oder dinglich Berechtigter muss dasselbe nur unter den Voraussetzungen gegen sich gelten lassen, unter welchen er ein vertragsmässig bestelltes Pfandrecht anerkennen muss, braucht es aber auch, abgesehen von einer durch Art. 375 begründeten Ausnahme, nur unter diesen Voraussetzungen anzuerkennen. Diese aus allgemeinen Grundsätzen folgenden Sätze werden durch Art. 306 wenigstens unter gewissen Voraussetzungen anerkannt. Abs. 3 dieses Artikels dehnt die über die Verpfändung beweglicher Sachen durch einen Kaufmann in seinem Handelsbetrieb aufgestellten Sätze auf das gesetzliche Pfandrecht des Commissionärs, Spediteurs und Frachtführers aus. Die nämliche Bestimmung bietet aber auch ein hier völlig zulässiges argumentum a contrario dafür, dass das stillschweigende Pfandrecht nicht in weiterem Umfang begründet ist, als das vertragsmässige. §. 2.

Hiernach ist also, wenn der Committent Nichteigenthümer des Commissionsguts ist, oder an diesem noch andere Pfandrechte bestellt sind, die Frage nach der Wirksamkeit und Priorität des Pfandrechts des Commissionärs

[4]) Wie Auerbach (das Neue Handelsgesetz Abth. 2 S. 236) den zweiten Absatz unseres Artikels, auch wenn die Forderung schon cedirt ist, anwenden will, sehe ich nicht ein. Er müsste denn im Fall des Concurses des Committenten ein Separationsrecht hinsichtlich dieser Forderung anerkennen (?).

Art. 374. 1) für den Fall, dass der Committent Nichtkaufmann ist und das Commissionsgut nicht in Papieren auf den Inhaber besteht, nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht zu beurtheilen, während wenn

2) die Voraussetzungen der Art. 306 und 307 vorliegen, deren Bestimmungen zur Anwendung kommen.

§. 3. Nur zwei einzelne Punkte seien hier noch berührt.

1) Eine Anwendung des Satzes, dass ein an einer fremden Sache bestelltes Pfandrecht auch dem Eigenthümer gegenüber wirksam ist, wenn es mit dessen Zustimmung bestellt ist, auf das stillschweigende Pfandrecht des Commissionärs ergiebt Folgendes. Wenn der Commissionär das im Eigenthum des Committenten stehende Commissionsgut nicht auftragswidrig einem substituirten Commissionär übergiebt, so erwirbt dieser (seine bona fides vorausgesetzt, s. u. Nr. 2) ein Pfandrecht am Gut. Dasselbe ist jedoch nur für diejenigen Forderungen wirksam, welche aus dem einzelnen Commissionsgeschäft hervorgehen, denn diese sind, wenngleich formell gegenüber dem ersten Commissionär begründet, doch von diesem seinerseits für Rechnung des Committenten contrahirt, also materiell Schulden des Committenten. Nicht aber haftet das betreffende Gut für alle Forderungen aus laufenden Commissionsgeschäften zwischen dem zweiten und ersten Commissionär.

2) Kommen die Bestimmungen des Art. 306 zur Anwendung, so ist als redlicher Pfandnehmer der Commissionär dann immer aufzufassen, wenn er nicht wusste und nicht wissen musste, dass das Commissionsgut nicht im Eigenthum des Committenten stand, beziehungsweise dass dasselbe schon anderweit verpfändet war. Ebenso erscheint er in dem unmittelbar vorher (unter Nr. 1) angeführten Fall dann als redlicher Pfandnehmer, wenn er, obgleich er wusste, dass der Committent Nichteigenthümer sei, doch berechtigt war anzunehmen, dass die Commission mit Willen des Eigenthümers des Guts ertheilt, beziehungsweise dass die etwa erhobenen Vorschüsse für Rechnung des Eigenthümers genommen wurden.

§. 4. **Commissionsgut** ist jede Sache, welche in Folge des Commissionsverhältnisses in die Hände des Commissionärs gelangt, ganz einerlei, wer Eigenthümer derselben ist oder wird, der Committent, der Commissionär oder ein Dritter, oder in welchem Rechtsverhältniss der Commissionär überhaupt zu derselben steht. Insbesondere gehören dazu die dem Commissionär zum Verkauf übergebenen oder von dem Commissionär angekauften Sachen, aber auch sonstige dem Commissionär zu irgend welchem Zweck übergebenen Sachen [5]).

[5]) Der preussische Entwurf Art. 292 spricht nur von dem dem Commissionär „anvertrauten oder von ihm angekauften oder besorgten Gut". In zweiter Lesung

Sofern er dasselbe noch in seinem Gewahrsam hat etc. S. o. Art. 313. **Art. 374.**

Vorschüsse, Darlehen, Wechsel. Der Hauptfall ist der, dass der Verkaufscommissionär, sobald er das Commissionsgut oder die betreffenden Connossemente in Händen hat, auf den zu erlangenden Kaufpreis Vorschüsse macht, beziehungsweise Wechsel acceptirt. Auch Dritten gegenüber kann der Commissionär Wechselverbindlichkeiten eingehen, z. B. der Einkaufscommissionär giebt dem dritten Verkäufer Wechsel für den Kaufpreis oder acceptirt dessen Wechsel.

Aus laufender Rechnung. „Halten die Parteien eine solche unter einander, so hören die einzelnen Geschäfte auf vereinzelte zu sein; jeder Theil besorgt für den anderen eine Reihe von Geschäften, welche häufig in einander greifen und deren Sonderung oft gar nicht möglich, jedenfalls aber nach der Absicht der Contrahenten unzulässig ist, welche den gesammten Geschäftsverkehr als ein zusammenhängendes Ganzes auffassen, dessen Resultat erst in dem Schlusssaldo in die Erscheinung tritt. Dieser Auffassung entspricht es, dass Werthe, welche der Eine dem Andern übermacht, als Deckung wegen aller bisher entstandenen oder später entstehenden Forderungen aus laufender Rechnung dienen." Motive zum preussischen Entwurf S. 158. Vergl. auch Bemerkungen Art. 291. §. 5.

Ueber die Rangordnung der an derselben Sache begründeten Pfandrechte des Commissionärs, Spediteurs, Frachtführers s. u. Art. 411.

Art. 375.

Ist der Committent in Erfüllung der in dem vorigen Artikel bezeichneten Verpflichtungen gegen den Commissionär im Verzuge, so ist der letztere berechtigt, sich unter Beobachtung der Vorschriften des Art. 310 aus dem Commissionsgute bezahlt zu machen; er hat dieses Recht auch gegenüber den übrigen Gläubigern und der Concursmasse des Committenten. **Art. 375.**

Preuss. Entwurf Art. 293. — Entwurf I. Lesung Art. 321. — Entwurf II. Lesung Art. 352.

Protok. S. 729 bis 731. — 1208 f.

Der Artikel stellt die Voraussetzungen, unter welchen sich der Commissionär für seine Commissionsforderungen aus dem Commissionsgut

wurde der Ausdruck für zu eng gehalten und dafür „Commissionsgut" gesetzt. Protokolle S. 1208.

Art. 375. befriedigen kann, und die Modalität dieser Befriedigung auf. S. o. Bemerkungen zu Art. 310 [1]). Er bezieht sich sowohl auf den Fall, in welchem dem Commissionär am Commissionsgut ein Pfandrecht zusteht, als auch auf den, in welchem er Eigenthümer des Commissionsguts ist. S. o. Bemerkungen zu Art. 374 §. 1.

Gegenüber den übrigen Gläubigern und der Concursmasse. Hierdurch ist nicht etwa die Priorität eines früher schon an der Waare begründeten und noch zu Recht bestehenden Pfandrechts aufgehoben. In den meisten Fällen wird dieselbe freilich dadurch, dass die Voraussetzungen des Art. 306 Abs. 2 vorliegen, beseitigt sein. S. Bemerkungen zu Abs. 374 §. 2. 3.

Art. 376.

Art. 376. Bei der Commission zum Einkauf oder zum Verkauf von Waaren, Wechseln und Werthpapieren, welche einen Börsenpreis oder Marktpreis haben, ist der Commissionär, wenn der Committent nicht

[1]) Belehrend über das Verfahren des Gerichts bei Anordnung des vom Commissionär beantragten Verkaufs ist eine Entscheidung des Commerz- und Admiralitätscollegiums zu Königsberg (Busch's Archiv Bd. III, S. 101). „Zum Behuf der Feststellung der Forderung des Commissionärs legte derselbe auf Anordnung des Gerichts ausser verschiedenen Quittungen sein Rescontro vor, welches nach dem Gutachten der technischen Gerichtsmitglieder die erforderliche Qualität der geltend gemachten Forderungen hinreichend erkennen liess. Die fernere Voraussetzung des Art. 375 — dass der Committent sich in Erfüllung seiner Verpflichtungen im Verzug befinde — wurde durch Vorlegung des Briefcopiebuchs des Commissionärs sowie mehrerer Briefe des Committenten dargethan, woraus sich ergab, dass letzterer zur Berichtigung seines bereits abgeschlossenen Conto vergeblich aufgefordert war. Demnächst kam es darauf an zu beweisen, dass der zu verkaufende Weizen auch wirklich vom Committenten empfangenes Commissionsgut sei, weil nur dieses vom gesetzlichen Pfandnexus ergriffen wird. In Ermangelung darüber gepflogener Correspondenz wurde, wiewohl nur eidesstattlich, ein vom Commissionär gestellter Zeuge vernommen, welcher von einem Theil des Weizens bestätigte, dass ihn der Committent dem Commissionär in Verkaufscommission gegeben. Einen anderen Theil, über welchen der Zeuge nichts wusste, hatte der Commissionär angeblich selbst für den Committenten angekauft und dann von ihm zum Verkauf committirt erhalten. Die technischen Mitglieder des Collegii hielten dies durch die vorgelegten Handlungsbücher des Commissionärs für genügend bescheinigt, und folgerten namentlich daraus, dass für die fragliche Quantität Weizen Lagerungs- und ähnliche Kosten vom Commissionär in Ansatz gebracht waren, dass er dieselbe in Commission gehabt, weil bei einer blossen Verpfändung — welche ja ohne Schriftlichkeit nicht zum sofortigen Verkauf berechtigt hätte — der Pfandnehmer solche Kosten nicht verauslage. Nachdem endlich der Scheffelmeister aus seinen Lagerbüchern attestirt hatte, dass der sämmtliche Weizen auf den Namen des Commissionärs lagere, — um darzuthun, dass dieser, wie Art. 374 fordert, noch in der Lage sei, darüber zu verfügen, erachtete das Collegium den Verkaufsantrag für ausreichend substantiirt, zum Theil von der Erwägung geleitet, dass ein stricter Beweis aller nach Art. 374 und 375 erforderlichen Voraussetzungen um so weniger zu verlangen sei, als nach Art. 310 der Verkauf auf Gefahr des Gläubigers erfolgt."

ein Anderes bestimmt hat, befugt, das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer zu liefern, oder das Gut, welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten. **Art. 376.**

In diesem Fall ist die Pflicht des Commissionärs, Rechenschaft über die Abschliessung des Kaufs oder Verkaufs zu geben, auf den Nachweis beschränkt, dass bei dem berechneten Preise der Börsenpreis oder Marktpreis zur Zeit der Ausführung des Auftrags eingehalten ist. Er ist zu der gewöhnlichen Provision berechtigt und kann die bei Commissionsgeschäften sonst regelmässig vorkommenden Unkosten berechnen.

Macht der Commissionär nicht zugleich mit der Anzeige über die Ausführung des Auftrags eine andere Person als Käufer oder Verkäufer namhaft, so ist der Committent befugt, den Commissionär selbst als Käufer oder Verkäufer in Anspruch zu nehmen.

Preuss. Entwurf Art. 294. — Entwurf I. Lesung Art. 322. — Entwurf II. Lesung Art. 353.

Protok. S. 732 bis 740. — 1210 bis 1216. — 1435 f.

I. Grund der Bestimmungen dieses Artikels. Aus den Motiven zum preussischen Entwurf (S. 160 ff.) sei hierüber Folgendes mitgetheilt: §. 1.

„Ueber die Frage, ob der Commissionär in das Geschäft, mit dessen Ausführung er beauftragt ist, selbst und ohne Betheiligung eines Dritten eintreten, also bei Einkaufscommissionen seine eigene Waare dem Committenten ablassen, bei Verkaufscommissionen das committirte Gut selbst ankaufen darf, sind die Ansichten sehr getheilt.

Vom streng juristischen Standpunkte ist die Verneinung dieser Frage nach den Grundsätzen des Mandats unbedenklich. Es widerspricht der Natur des Mandats, dass der Commissionär, welcher, als Mandatar aufgefasst, das Interesse seines Auftraggebers ungetheilt wahrzunehmen verpflichtet ist, diesem gegenüber sich selbst als den dritten Contrahenten hinstellt und ein eigenes Interesse als Selbstkäufer oder Selbstverkäufer verfolgt, indem er bei der Verkaufscommission die Waare an sich selbst oder an einen Anderen, von dem er etwa eine entsprechende Einkaufscommission erhalten hat, verkauft und bei der Einkaufscommission die Waare von sich selbst oder von einem Anderen, welcher ihm eine Verkaufscommission ertheilt hat, ankauft. Bewährte Schriftsteller über Handelsrecht haben sich demgemäss gegen eine solche Befugniss des Commissionärs ausgesprochen.

Art. 376. Auf der anderen Seite ist aber nicht zu verkennen, dass sich der Commissionshandel durch seine enge Verbindung mit dem Properhandel gegenwärtig in einer Weise entwickelt hat, welche es unmöglich macht, bei der vorliegenden Frage an der Grundlage des Mandats überall streng festzuhalten. Erfahrungsmässig wenden sich die Commissionsgeschäfte, namentlich in Waaren, die einen Börsencours oder Marktpreis haben, überwiegend denjenigen Commissionären zu, welche gleichzeitig einen bedeutenden Eigenhandel betreiben, weil die Committenten von diesen einer prompteren und besseren Bedienung gewiss sind, als von solchen Commissionären zu erwarten ist, die, ohne im Stande zu sein, durch eigenes Eintreten die Erfüllung des Auftrags zu ermöglichen, in jedem einzelnen Fall den dritten Abnehmer oder Abgeber erst suchen müssen und deshalb den Zufälligkeiten der Preis- und Coursschwankungen in einem höheren Grade ausgesetzt sind. Das Eintreten des Commissionärs als Selbstkäufer und Selbstverkäufer, sowie die Ausführung mehrerer entgegengesetzten Aufträge durch Combination derselben liegt häufig entschieden im eigenen Interesse der Committenten, welches durch die bei der effectiven Ausführung bedeutender Einkaufs- oder Verkaufsordres leicht eintretende Steigerung oder Herabdrückung der Preise empfindlich gefährdet werden könnte. Den Committenten ist es in solchen Fällen in der Regel gleichgültig, wer die zu kaufenden oder zu verkaufenden Waaren liefert [oder abnimmt], wenn nur das Geschäft unter den möglichst günstigsten Bedingungen geschlossen wird. Hat aber der Committent ein Interesse dabei, durch die Effectuirung seiner Aufträge auf den Cours oder Preis der Waare an der Börse oder am Markt einzuwirken, oder will er aus anderen besonderen Gründen, dass der Commissionär nicht als selbständiger Contrahent in das Geschäft eintritt, so schreibt er diesem die effective Ausführung desselben vor. Nach dieser Richtung hin hat der Handelsgebrauch eine von den Grundsätzen des Mandats abweichende Entwickelung genommen, welche die Gesetzgebung nicht unbeachtet lassen kann, ohne mit dem Bedürfniss des Verkehrs in Widerspruch zu treten.

Ueber den Umfang, in welchem dieser Handelsgebrauch anzuerkennen sei, herrscht indessen keine völlige Uebereinstimmung. Während Einige ihn ohne alle Beschränkung erwähnen, soll nach einer anderen Ansicht der Commissionär, welcher von der in Frage stehenden Befugniss Gebrauch macht, lediglich als Käufer oder Verkäufer angesehen werden und keinen Anspruch auf Provision haben; eine dritte Ansicht geht dahin, dass mit dem Rechte des Commissionärs, als Selbstkäufer oder Selbstverkäufer einzutreten, die Pflicht verbunden sei, hiervon sofort dem Com-

mittenten besondere Anzeige zu machen, ohne dass es jedoch nöthig wäre, die Genehmigung desselben abzuwarten. **Art. 376.**

Durch die zuerst erwähnte Annahme eines ganz unbeschränkten Rechts des Commissionärs, in der angegebenen Weise selbst als Käufer oder Verkäufer einzutreten, würde aber der Commissionshandel in der eigentlichen Bedeutung zerstört und ein unreeller Eigenhandel an dessen Stelle gesetzt werden. Die Sicherheit des Committenten würde erheblich gefährdet und dem Commissionär die Möglichkeit gegeben sein, alle Vortheile des Geschäfts sich anzueignen, während die Nachtheile von dem Committenten getragen werden müssten. Der letztere wäre ganz in die Gewalt des Commissionärs gegeben; dieser wäre im Stande, auf Kosten des Committenten für sich zu speculiren, die etwa eintretende Veränderung der Verhältnisse und Conjuncturen in seinem Interesse zu benutzen oder hinterher die Sachlage des Geschäfts willkürlich zu gestalten und namentlich die Gefahr auf den Committenten zu schieben. — —

Ebensowenig empfiehlt es sich als ein geeignetes Correctiv, dem Commissionär die obenerwähnte besondere Anzeigepflicht aufzuerlegen. Denn da hierbei nicht zugleich eine Genehmigung des Committenten erfordert wird, auch im eigenen Interesse desselben nicht füglich erfordert werden kann, indem sie mit einem nicht unerheblichen Zeitverluste verknüpft sein würde und bei inzwischen eingetretenen Veränderungen der Preise oder Conjuncturen häufig zu seinem Nachtheil ausschlagen müsste, so besteht der Zweck einer solchen Anzeige im Wesentlichen nur darin, zu constatiren, dass der Commissionär als Selbstkäufer oder Selbstverkäufer eingetreten ist, und den Committenten von dieser Sachlage zu seiner Nachachtung in Kenntniss zu setzen. Die Anzeigepflicht würde somit eine erhebliche Belästigung des Commissionärs sein, während sie dem Committenten keinen besonderen praktischen Nutzen bringt, weshalb die Anzeige im Geschäftsverkehr auch niemals verlangt wird.

Als das allein richtige Princip, durch welches einer Ausartung des Handelsgebrauchs gehörig entgegengewirkt und derselbe auf das rechte Mass zurückgeführt werden kann, dürfte vielmehr dasjenige erscheinen, welches der Entwurf angenommen hat.

Nur dadurch, dass die Befugniss des Commissionärs, selbst als Käufer oder Verkäufer einzutreten, auf solche Geschäfte beschränkt wird, deren Gegenstand der Verkauf oder Ankauf von Waaren ist, welche einen Börsencours oder amtlich festgestellten Marktpreis haben, lässt sich der factisch bestehende Zustand, der übrigens auch nur in dieser Beschränkung ein constanter zu sein scheint, in einer Weise regeln, welche mit den Anforderungen der Gerechtigkeit nicht in Widerspruch tritt. Das

Art. 376. Interesse des Committenten wird hierbei ausreichend gesichert, indem der Börsencours oder Marktpreis das etwa fehlende Preislimitum ersetzt und der Commissionär nicht befugt ist, denselben bei Berechnung des Einkaufs- oder Verkaufspreises zu überschreiten. Behufs der Rechnungslegung über den Abschluss des aufgetragenen Geschäfts ist der Nachweis des berechneten Börsencourses oder Marktpreises erforderlich, aber auch genügend; es wird damit zugleich die Möglichkeit gegeben, in den Fällen, bei welchen eine Combination mehrerer entgegengesetzten Aufträge sich als vortheilhaft darstellt, eine gerechte Ausgleichung unter den verschiedenen Committenten herzustellen, ohne dass der Commissionär genöthigt ist, seine Geschäftsverbindungen offen zu legen."

In den Verhandlungen wurde das Princip des Artikels nicht bekämpft, wohl aber, jedoch ohne Erfolg, die Beschränkung auf Waaren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben.

§. 2. **II. Natur des Rechtsverhältnisses.** Gegen den im preussischen Entwurf Art. 294 Abs. 3 enthaltenen Satz: „Der Commissionär hat zugleich die Rechte und Pflichten des Käufers und Verkäufers," wurde zwar schon in erster Lesung bemerkt: „Es sei im Interesse des Committenten geboten, auch dann, wenn der Commissionär selbst liefere oder kaufe, demselben nicht die Rechte und Pflichten eines Verkäufers beizulegen, weil die Pflichten desselben aus dem Auftragsverhältnisse zu Gunsten des Committenten, der hier gegen Missbräuche geschützt werden müsse, weiter gingen, als die aus dem Kaufvertrage; dem Committenten dürfe gegen sein Wissen und Willen nicht ein anderes Rechtsverhältniss aufgedrungen werden." Protok. S. 733. In zweiter Lesung wurde der Satz gestrichen (Protok. S. 1213). Daraus folgt aber nicht, dass dem als Contrahenten eintretenden Commissionär diese Rechte in der That entzogen und er von diesen Pflichten entbunden sei [1]). Dies würde nur dadurch erreicht worden sein, dass die Negation des erwähnten Satzes ins Gesetz aufgenommen worden wäre. Nach der jetzigen Fassung liegt das Verhältniss einfach so. Der Commissionär, welcher in Folge der ihm im Gesetz eingeräumten Befugniss dem Committenten gegenüber als „Verkäufer" oder „Käufer" auftritt, ist eben Verkäufer und Käufer. Es gelten also für das betreffende Rechtsverhältniss alle Bestimmungen über Kauf und Verkauf, insbesondere also auch die Bestimmungen der Art. 354 ff. über die Wirkungen des Verzugs. Die gegentheilige Annahme würde zu den sonderbarsten Resultaten führen in Folge der Bestimmung des Abs. 3 unseres Artikels.

[1]) S. u. Bemerkungen zu Art. 385

Beabsichtigt nämlich der Commissionär wirklich von eigenem Lager zu liefern oder auf eigenes Lager zu übernehmen, so liesse sich allenfalls denken, dass ihm die Rechte der Art. 354 ff., insbesondere also das Rücktrittsrecht entzogen und er lediglich auf Geltendmachung der in Art. 374 und 375 eingeräumten Rechte beschränkt sein solle. Schon weniger erklärlich wäre es auch in diesem Fall, wenn dem Committenten die Rechte des Käufers und Verkäufers entzogen sein sollten. Berücksichtigt man aber den so häufigen Fall, dass der Commissionär zwar in der That nicht selbst als Contrahent eingetreten, sondern mit einem Dritten in eigenem Namen contrahirt, aber diesen Dritten bei der Ausführungsanzeige dem Committenten nicht namhaft gemacht hat, so dass er also nach Abs. 3 vom Committenten als Selbstcontrahent in Anspruch genommen werden darf, so würde die Annahme, dass der Commissionär nicht die Rechte eines Käufers oder Verkäufers habe, ihn in eine völlig unhaltbare Stellung bringen. Ist nämlich der Committent mit Lieferung der Waare in Verzug, kann folgeweise der Commissionär seinem Käufer ebenfalls nicht liefern, so hat dieser letztere nach Art. 355 unzweifelhaft das Recht vom Vertrag abzugehen, während der Commissionär dem Committenten gegenüber dies Recht nicht hätte, sondern sich gefallen lassen müsste, dass dieser ihm verspätet die Waare liefere und die Zahlung des Preises in Anspruch nehme. Ja es würde selbst fraglich sein, wie lediglich aus den Grundsätzen über Commission sich eine Schadensklage wegen verspäteter Lieferung herleiten lassen könne. Nicht besser würde sich die Lage des Commissionärs gestalten, wenn er, um seinem Käufer gegenüber nicht in Verzug zu kommen, die Waare anderweit anschaffte. — Aehnlich umgekehrt bei der Einkaufscommission [2]). **Art. 376.**

Wollte man zur Rechtfertigung einer solchen dem Commissionär so überaus nachtheiligen Bestimmung sich darauf berufen, dass derselbe durch Namhaftmachung der Person des dritten Contrahenten diese nachtheilige Wirkung hätte beseitigen können, und dass er es sich daher selbst zuzuschreiben habe, dass er die Nachtheile erlitten, so würde dies darum gänzlich unstichhaltig sein, weil, was so oft verkannt wird, weder nach der allgemeinen kaufmännischen Anschauung, noch nach den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs der Commissionär, wenn er den dritten Contrahenten nicht namhaft macht, sich einer Rechtswidrigkeit

[2]) Es braucht wohl kaum dem Einwand vorgebeugt zu werden, dass beim Del-credere-Stehen der Commissionär, auch wenn er seinen Contrahenten nennt, in eine ähnliche missliche Lage kommen könnte, denn der del credere stehende Commissionär haftet für die Erfüllung von Seiten seines Contrahenten nicht, wenn es durch Schuld des Committenten nicht zur Erfüllung des Geschäfts kam.

Art. 376. schuldig macht, ja nicht einmal incorrect handelt, vielmehr dies Verfahren als rechtlich zulässig anerkannt und das übliche ist.

Es ist undenkbar, dass der Gesetzgeber eine derartige Bestimmung beabsichtigt habe, und es ist daher unzulässig, dieselbe auf Grund eines bei den Verhandlungen gefassten Majoritätsbeschlusses gegen den Wortlaut des Gesetzes in dieses hinein zu interpretiren.

§. 3. Ist sonach, wenn der Commissionär von der in Abs. 1 ihm eingeräumten Befugniss Gebrauch macht, das zwischen ihm und dem Committenten abgeschlossene Geschäft nach allen Richtungen als Kaufvertrag zu behandeln, und kann ferner der Committent im Fall des Abs. 3 das zwischen ihm und dem Commissionär bestehende Rechtsverhältniss als Kaufvertrag auffassen, so folgt daraus jedoch nicht, dass nunmehr das ursprünglich zwischen dem Committenten und dem Commissionär bestehende Rechtsverhältniss in seinen Wirkungen gänzlich beseitigt [3]), dass die Commission als von Anfang an in einen Kauf verwandelt anzusehen sei. Der Commissionär bleibt vielmehr für alle Handlungen vor seinem Eintritt als Contrahent und *für diesen Eintritt selbst* aus dem Commissionsvertrag verhaftet mit der in Abs. 2 hinsichtlich seiner Pflicht Rechenschaft abzulegen enthaltenen Modification [4]). Er hat mithin das Geschäft im Interesse des Committenten abzuschliessen, und soweit dieses Interesse mit dem seinigen collidirt, geht ersteres vor [5]).

Für die Richtigkeit dieses Satzes spricht auch, dass der Commissionär trotzdem, dass er selbst Contrahent ist, doch immer noch die dem Commissionär gebührende Leistung zu fordern hat (s. u. §. 8).

§. 4. Hieraus ergiebt sich Folgendes:

Zwar folgt aus Abs. 2, dass der Commissionär, welcher als Selbstcontrahent auftreten will, nicht vorher genauere Nachforschungen anzustellen hat, ob er bei einem Geschäft mit Dritten einen niedrigeren Einkaufspreis oder höheren Verkaufspreis erzielen kann, als er selbst zu nehmen oder zu geben beabsichtigt [6]), falls dieser letztere nur dem Marktpreis entspricht. Allein der Commissionär würde pflichtwidrig handeln, wenn er in seinem eigenen Interesse eine ihm bekannte Gelegenheit dem Committenten durch den Abschluss mit Dritten einen grösseren Vortheil

[3]) Dies kann jedoch dadurch geschehen, dass der Commissionär dem Committenten die Offerte stellt, statt mit einem Dritten abzuschliessen, selbst als Contrahent eintreten zu wollen, und dass der Committent diese Offerte acceptirt.

[4]) Die Formulirung des preussischen Entwurfs: „der Commissionär hat *zugleich* die Rechte und Pflichten des Käufers und Verkäufers" war völlig correct.

[5]) S. o. Bemerkungen zu Art. 361 §. 4.

[6]) Er braucht nicht nachzuweisen, dass er „in den Markt gegangen" oder die Waare „an den Markt gebracht hat".

zu verschaffen nicht benutzte oder gar für sich ausbeutete. Weiss er also z. B., dass ein Dritter einen niedrigeren Kaufpreis fordert, als der von ihm anzusetzende ist, so ist er nicht berechtigt, um den höheren Preis selbst zu liefern. Noch mehr würde es der bona fides widersprechen, wenn er die Waare vom Dritten einkaufen und sodann um den höheren Preis selbst liefern wollte [7]), [8]). Geht die ertheilte Einkaufscommission nicht auf sofortigen Abschluss, so hat er hinsichtlich der Bestimmung der Zeit, wann er das Geschäft abschliesst, sich lediglich durch das Interesse des Committenten leiten zu lassen. Sieht er z. B. das Sinken der Preise voraus, so läuft es der bona fides zuwider, wenn er, um seine Waaren noch zu dem höheren Preise zu verwerthen, das Geschäft sofort effectuirt [9]) u. s. w. u. s. w. Umgekehrt überall bei der Verkaufscommission. **Art. 376.**

III. Einzelne Bemerkungen. §. 5.

Absatz 1. Werthpapiere. S. Art. 271 Bemerkungen §. 5.

Welche einen Börsenpreis oder Marktpreis haben. Darüber, unter welchen Voraussetzungen anzunehmen ist, dass eine Waare einen

[7]) Vergl. den Hamburger zur dritten Lesung gestellten, aber nicht zur Berathung gekommenen Veränderungsantrag (Monitum Nr. 402):

„— das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer von den zu seiner Verfügung stehenden Vorräthen zu liefern."

Motiv: „Der Commissionär soll berechtigt sein, von denjenigen Waaren, welche er zur Zeit der erhaltenen Einkaufscommission bereits — sei es für eigene oder für Dritter Rechnung — zu seiner Disposition hat, seinem Committenten als Verkäufer zu liefern, nicht aber ist er zu befugen, nach erhaltener Einkaufsordre auf Rechnung des Committenten zu seinem eigenen Vortheil zu speculiren. Es soll also durch die beantragte Bestimmung, welche eine Beschränkung des Gesetzentwurfs enthält, für eine möglichst reelle Ausführung des Commissionsauftrags vorgesorgt werden."

Daraus, dass dieser Zusatz vorgeschlagen worden ist, folgt noch nicht, dass er als nothwendig erscheint, damit das in ihm enthaltene Princip wenigstens in der im Text enthaltenen Beschränkung (s. folgende Note) anerkannt werde. Dadurch widerlegt sich die Ansicht Auerbach's (das Neue Handelsgesetz Abth. 2, S. 264, Note 2). S. Koch in seinem Commentar zu diesem Artikel Note 43.

[8]) Damit ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass der Commissionär, welcher eine kleine Partie Waare liefern soll, eine ihm angebotene grosse Partie für sich erwirbt und dem Committenten die kleinere Partie zu einem höheren Preis anrechnet, oder dass er, wenn er dem Committenten Credit gewähren muss, die von ihm selbst zum Zweck der Erfüllung des Commissionsgeschäfts für sich gegen baar gekaufte Waare zu einem entsprechend höheren Preis ansetzt. Ebenso umgekehrt bei der Verkaufscommission.

[9]) Es ist daher unbegründet, wenn Auerbach a. a. O. S. 265 annimmt, „der Zeitpunkt der Abschliessung müsse in Ermangelung anderweitiger Bestimmung dem Empfang des Auftrags möglichst nahe sein, damit der Commissionär nicht zum Nachtheil des Committenten auf Preisänderung zu speculiren vermöge, was der Fall sei, wenn ihm die Wahl des Zeitpunkts freigestellt werde."

Dagegen, dass der Commissionär nachträglich denjenigen Zeitpunkt, in welchem gerade der Cours für ihn am günstigsten gestanden, als denjenigen angeben könne, in welchem er als Contrahent eingetreten sei, ist der Committent deswegen geschützt, weil der Commissionär nur dadurch als Contrahent eintreten kann, dass er die in der Commission enthaltene Offerte acceptirt. S. darüber Bemerk. zu Art. 377.

Art. 376. Börsenpreis oder Marktpreis habe, s. Zusatz zu Art. 311, insbesondere §. 3 S. 119 f.

Der Artikel bestimmt nicht, an welchem Ort das Erforderniss des Börsenpreises oder Marktpreises vorhanden sein müsse. Der Ort kommt hier in Betracht, dessen Recht und Sitte überhaupt für das Verhältniss zwischen Committenten und Commissionär massgebend ist [10]). Regelmässig wird dies hier der Ort des Etablissements des Commissionärs sein. Ist dies kein Handelsplatz, beziehungsweise kein Markt für die betreffende Waare, so kann ein anderer Ort als der „massgebende Handelsplatz" [11]) in Betracht kommen.

§. 6. **Wenn der Committent nicht ein Anderes bestimmt hat.** Eine solche Bestimmung ist als gegeben anzusehen, wenn ersichtlich ist, dass das committirte Geschäft zu dem Ende abgeschlossen werden soll, um auf den Cours zu influiren. Dieser Zweck würde nicht erreicht werden, wenn der Commissionär als Contrahent einträte. Gad [12]) sieht eine abweichende Bestimmung „in der Ansetzung eines Limitum, weil der Committent dadurch den etwaigen Börsen- oder Marktpreis ausschliesse." Richtig ist nur, dass wenn das Limitum bei der Einkaufscommission niedriger, bei der Verkaufscommission höher, als der Marktpreis ist, der Commissionär nicht befugt ist, um diesen abzuschliessen, mithin auch nicht um diesen als Selbstcontrahent eintreten kann. Berechnet er aber das dem Committenten günstigere Limitum, so steht seinem Eintritt nichts entgegen. Ist umgekehrt das Limitum bei der Einkaufscommission höher, bei der Verkaufscommission niedriger, als der Marktpreis, so hat der Commissionär bei jeder Ausführung des Geschäfts höchstens, beziehungsweise mindestens, um den Marktpreis abzuschliessen, kann also auch um diesen selbst eintreten.

[10]) S. o. Bemerkungen zu Art. 369 Abs. 2. Im preussischen Entwurf Art. 294 Abs. 1 heisst es: „Waaren, welche am Ort des Commissionärs einen Börsenpreis u. s. w. haben." In zweiter Lesung wurde bemerkt: „Eine Verweisung auf den am Ort des Commissionärs bestehenden Marktpreis habe für den Committenten mehr Nachtheil als Vortheil im Gefolge, namentlich im Fall der Verkaufscommissionen, denn wenn der Commissionär an einem kleineren Orte wohne, werde er dadurch berechtigt, für den an demselben bestehenden geringeren Preis die Waare zu behalten, während er dieselbe vielleicht an einem nahe gelegenen grösseren Platze ohne grosse Mühe zu einem höheren Preise verwerthen könne." Es wurden sodann die Worte: „am Orte des Commissionärs" gestrichen, „damit eine etwas freiere Auffassung und namentlich die Rücksichtnahme auf den in einem gewissen Umkreis in der Umgebung des Commissionärs bestehenden Marktpreis möglich werde, während man dafür hielt, dass eine richtige Interpretation von selbst dahin führen werde, dass eine Berufung auf einen an weit entfernten Orten bestehenden Marktpreis die Anwendung des Artikels nicht rechtfertige." Protok. S. 1210. 1212 f.

[11]) S. Bemerkungen zu Art. 353 §. 3.

[12]) Handbuch des Allgemeinen Deutschen Handelsrechts, §. 131 S. 272.

Als Verkäufer — als Käufer s. o. §. 2. **Art. 376.**

Absatz 2. Pflicht Rechenschaft zu geben. S. o. Art. 361.

Börsen- oder Marktpreis. In Betreff der Eruirung desselben sind §. 7. die Bestimmungen des Artikels 353 und das dazu Bemerkte hierher zu ziehen.

Ist in den amtlich oder sonst ortsüblich festgestellten Coursnotirungen keine feste Angabe des Marktpreises enthalten, sondern dieser nur nach Maximum und Minimum verzeichnet, so kann dies bei bedeutenden Abweichungen dieser Summen seinen Grund sowohl darin haben, dass unter der einen Bezeichnung Waaren verschiedener Qualität begriffen sind, als auch darin, dass die Preise in dem Zeitraum, der bei Feststellung des Marktpreises ins Auge gefasst wurde, Schwankungen unterworfen waren. Im ersten Fall ist der Commissionär verpflichtet, hinsichtlich des Marktpreises der Qualität der betreffenden Waaren genauere Angaben zu machen, oder wenn sich dies nicht thun lässt, nachzuweisen, welcher Preis innerhalb der notirten Scala der betreffenden Waare nach ihrer besonderen Qualität entsprechen würde. Im zweiten Fall wird der Commissionär genauer anzugeben haben, welches der Marktpreis in dem Moment der Acceptation des Geschäfts von seiner Seite gewesen ist [13]). Ist die nicht präcise Angabe weder auf den einen noch auf den anderen Grund zurückzuführen (in welchem Fall denn auch die Differenz gewöhnlich nur eine geringe ist), so genügt es, dass der vom Commissionär berechnete Kaufpreis innerhalb des notirten Preises steht [14]).

Zu der gewöhnlichen Provision, d. h. zu derjenigen, welche der §. 8. Commissionär aus dem keineswegs von Anfang an beseitigten Commissionsvertrag zu beanspruchen hat [15]). Durch das Adjectiv „gewöhnlich" wird angedeutet, dass dadurch, dass der Commissionär als Contrahent auftritt, das rechtliche Verhältniss in Betreff der Provision nicht verändert wird. Der Commissionär hat die Provision in dem Umfang und in der Höhe zu fordern, wie sie verabredet oder durch Ortsgebrauch festgestellt ist, also auch die Del-credere-Provision, wenn sie verabredet oder

[13]) Ueber die Acceptation s. Bemerkungen zu Art. 377. Kommen Schwankungen während der Börsenzeit vor, so wird, wenn die Anzeige des Commissionärs von der Ausführung erst nachher abgesandt wird, der Cours, wie er sich am Schluss der Börse gebildet hatte, massgebend sein.

[14]) Nicht begründet in ihrer Allgemeinheit ist daher die Annahme Auerbach's (a. a. O. S. 266): „Als zu Grunde zu legender Marktpreis kann weder der zur betreffenden Zeit höchste, noch niedrigste, sondern muss der mittlere und durchschnittliche gelten."

[15]) „Dagegen ist dem Commissionär mit Rücksicht auf die Geschäftsbesorgung, sowie auf die Anschaffung und Bereithaltung der Waaren ein Anspruch auf die gewöhnliche Provision zuzugestehen, welchen ihm auch der Handelsgebrauch überall zubilligt." Motive zum preussischen Entwurf S. 163.

Art. 376. ortsgebräuchlich ist [16]). Gewöhnliche Provision soll nicht etwa einen Gegensatz zur Del-credere-Provision bilden [17]).

§. 9. **Die bei Commissionsgeschäften sonst regelmässig vorkommenden Unkosten.** Insbesondere ist hierunter die Courtage verstanden, ferner dürften auch Stempel, Wägegeld und sonstige Abgaben darunter fallen.

Die Bestimmung gab zu vielfachen Bedenken Anlass. Der preussische Entwurf enthielt dieselbe nicht. In den Motiven (S. 163) wird es sogar für „selbstverständlich erklärt, dass der Commissionär nicht befugt sei, ausser dem Verkaufs- oder Einkaufspreise noch Unkosten zu berechnen, sofern solche nicht erst nach dem Zeitpunkte des Abschlusses des Geschäfts im Interesse des Committenten entstanden seien". Bei den Verhandlungen wurde jedoch geltend gemacht: „Gewöhnlich berechne der Commissionär im Fall einer Einkaufscommission die Courtage und die gewöhnlichen Kosten selbst, wenn er die Waare von seinem eigenen Lager entnommen habe. Ein solches Verfahren sei allenthalben unbeanstandet, und es sei auch sehr wichtig, dass dies geschehen dürfe, weil sehr oft das Zustandekommen eines Geschäfts davon abhänge, dass man im Voraus unter allen Umständen auf diese Ansätze Rücksicht nehmen dürfe. Wer einen Auftrag zum Einkauf gebe, der wisse, dass er ausser dem Limito die Provision, Courtage und die gewöhnlichen Kosten zu zahlen haben werde; jedes Limito sei also dahin zu verstehen, dass der Committent ausser demselben auch noch die übrigen erwähnten Positionen zu zahlen bereit sei." „Wenn z. B. ein Commissionär einen Kreis von Kunden habe, von denen er im Voraus gewisse Aufträge bezüglich des Ankaufs einer Waare erwarten könne, so sei es für beide Theile sehr vortheilhaft, wenn der Commissionär, günstige Kaufgelegenheiten benutzend, sich einstweilen solche Vorräthe von Waaren anschaffe, welche zur Befriedigung aller seiner Committenten zureichten; denn alsdann könne er sie wohlfeiler bedienen, ja es sei dies vielleicht der einzige Weg, um die Commissionen überhaupt ausführen zu können, weil möglicher Weise an der Börse etc. so geringe Quantitäten, wie sie z. B. oft bei Droguerien nothwendig wären, gar nicht zu kaufen seien." „Ein solcher Commissionär habe in der Regel allerdings bei dem Ankaufe seines Lagers

[16]) Ueber die Bedeutung der Del-credere-Provision als Vergütung für die Uebernahme einer Gefahr s. o. die Bemerkungen zu Art. 370 §. 5. Ist verabredet, dass, wenn der Commissionär ein Risico nicht läuft, die Provision nicht verdient sei, so fällt sie auch weg, wenn der Commissionär als Contrahent eintritt.

[17]) Vergl. den zur dritten Lesung von Bremen gestellten, nicht zur Berathung gekommenen Antrag: auf Einschaltung der Worte „und Vergütung für del credere nach Massgabe des Art. 347 (370 des Gesetzbuchs)". Monitum Nr. 403.

Courtage bezahlt, und man könne ihm gern deren verhältnissmässige Berechnung gestatten, auch wenn er bei der Ausführung einer einzelnen Commission eine solche nicht zu bezahlen brauchte. Man habe Aehnliches ja auch bei Wechseln rücksichtlich der Ricambiorechnung gestattet und zudem habe der Kaufmann auch noch mancherlei andere Auslagen, die er nicht besonders berechnen könne, z. B. durch Aufstellung von Agenten etc., so dass die Zulassung des eben erwähnten Gebrauchs nicht Bedenkliches habe." Auf die Bemerkung, dass „selbst in dem angeführten Beispiel der Ansatz von Courtage etc. sich nicht rechtfertige, da der Commissionär mit Rücksicht auf die ihm beim Einkauf erwachsenen Auslagen schon seinen Preis berechnen werde und jedenfalls als Speculant auf eigene Gefahr gehandelt habe", wurde erwidert: „man könne nicht einwenden, dass die Courtage in solchen Fällen schon im Preise der Waare enthalten sei, weil der Commissionär den Preis nicht willkürlich ansetzen dürfe, sondern an den Börsen- und Marktpreis gebunden sei. Dieser werde aber hauptsächlich durch diejenigen Geschäfte bestimmt, welche die zahlreichsten seien. Am zahlreichsten aber seien die Käufe, welche zwischen dem Importeur und anderen Kaufleuten geschlossen würden, bei denen also nicht die Rede davon sein könne, dass der Kaufpreis unter Hinzurechnung einer Courtage bestimmt werde, weil der Importeur eine solche noch nicht bezahlt habe, so dass der Marktpreis nur selten dem von dem Commissionär bezahlten Preise unter Hinzurechnung seiner Courtage gleichkommen werde. Wenn der Commissionär gleichwohl zu dem Marktpreis seine Waare an den Committenten ablassen solle, ohne dass ihm die Berechnung der Provision und der gewöhnlichen Kosten gestattet sei, so muthe man ihm zu, ohne kaufmännischen Erwerb, ohne Nutzen zu verkaufen, und mache dadurch den Ankauf des Commissionärs, um nachmals den Committenten zu befriedigen, unmöglich. Zudem habe der Commissionär eine grössere Haftbarkeit gegenüber seinem Committenten als ein anderer Verkäufer gegen seinen Käufer, und hierfür gebühre ihm allerdings auch einiger Vortheil. Mit dem Verbote der in Frage stehenden Berechnungen werde endlich auch in das Banquiergeschäft die grösste Verwirrung gebracht, da man dort selten ganz sicher unterscheiden könne, ob für eigene oder für fremde Rechnung gekauft oder verkauft sei. Ein Nachtheil sei endlich aus der mehrberegten Uebung nicht entstanden, denn wer die Courtage zu bezahlen seither nicht gemeint gewesen, der habe eben seinem Limito die Worte „franco Courtage" beigesetzt und dadurch die Anwendung der bestehenden Uebung abgehalten." Nachdem hierauf der Zusatz: „Ob und in welchem Umfang die bei Commissionsgeschäften sonst regelmässig vorkommenden Unkosten

Art. 376. berechnet werden können, entscheidet der Ortsgebrauch", angenommen worden war, wurde in zweiter Lesung statt desselben die jetzt im Gesetz enthaltene Bestimmung beschlossen [18]).

§. 10. Wenngleich also die Erwägung, dass der Einkaufscommissionär die betreffenden Unkosten meist selbst zu bezahlen gehabt hatte, als er die von eigenem Lager gelieferte Waare selbst erwarb, Veranlassung zur Annahme des behandelten Rechtssatzes gab, so ist der Satz im Gesetz doch allgemein ausgesprochen. Der Einkaufscommissionär braucht daher nicht zu beweisen, dass er in concreto die fraglichen Unkosten wirklich ausgelegt habe, ebensowenig wie dem Verkaufscommissionär der Beweis, dass er beim Weiterverkauf der übernommenen Waare diese Unkosten haben werde [19]), zur Last fällt.

§. 11. **Absatz 3.** Der preussische Entwurf Art. 294 Abs. 2 lautet: „Es wird angenommen, dass der Commissionär von dieser Befugniss Gebrauch gemacht hat, wenn er nicht zugleich mit der Anzeige über die Ausführung des Auftrags eine andere Person als den Käufer oder Verkäufer namhaft macht."

Die Motive bemerken dazu (S. 162 f.): „Darüber, ob er von der ihm beigelegten Befugniss Gebrauch gemacht habe, muss der Commissionär schon nach Art. 278 (361 des Gesetzbuchs) dem Committenten Anzeige machen, und es erscheint der Sachlage vollkommen angemessen, auch im Interesse des Committenten geboten, wenn der Entwurf in dieser Beziehung dem Handelsgebrauche entsprechend weiter anordnet, dass das eigene Eintreten des Commissionärs stets angenommen werden soll, falls er nicht bei der Anzeige über die Ausführung des Auftrags eine andere Person als den Käufer oder Verkäufer namhaft macht."

In erster Lesung wurde der Satz, weil zu allgemein gehalten und nicht durchführbar, indem der Commissionär nicht veranlasst werden könne, seine Connexionen offen zu legen, gestrichen. Protokolle 735 f.

In zweiter Lesung wurde dagegen bemerkt, man könne allerdings den Commissionär nicht zwingen, seine Kunden dem Committenten zu nennen. Der Committent könne aber auch nicht ganz der Discretion des Commissionärs anheimgegeben werden. Man dürfe den Committenten nicht in die Lage versetzen, dass ihm der Commissionär nachträglich einen absolut insolventen Kaufmann als den Käufer seiner Waare, eine untergegangene Waare als die für ihn gekaufte bezeichne, ohne dass, selbst angenommen, diese Mittheilungen beruhten auf Wahrheit und nicht auf

18) Protokolle S. 732. 737. 739 f. Entwurf I. Lesung Art. 322 Abs. 3. Protokolle S. 1213.

19) Diesen Fall berühren die bei den Verhandlungen vorgebrachten Gründe nicht.

nachherigen beliebigen Angaben auf Grund von anderweitigen Geschäften des Commissionärs, der Committent durch rechtzeitige Klagstellung, durch Eingehung einer Versicherung hätte Fürsorge treffen können. Der beantragte Satz sei auch nach dem Zeugniss Sachverständiger dem Gebrauch entsprechend und ein unentbehrlicher Schutz für den Committenten, der schon dadurch genug im Nachtheil sei, dass er bis zur Anzeige über die Ausführung des Auftrags in Ungewissheit bleibe, ob er mit einem sein, des Committenten, Interesse wahrenden Commissionär, oder mit einem sein eigenes Interesse wahrenden und die Conjuncturen zu seinem eigenen Vortheil wahrnehmenden Kaufmann zu thun habe.“ Obgleich hiergegen behauptet wurde, „dass nicht davon auszugehen sei, dass der Commissionär in betrügerischer Weise verfahre, und dass ihm dies auch nicht so leicht gelingen werde, da er den Beweis seiner Behauptungen erbringen oder gewärtigen müsse, dass aus seinen eigenen Büchern ihm das Gegentheil nachgewiesen werde,“ so wurde doch die in Abs. 4 enthaltene Bestimmung angenommen [20]). Die für die dritte Lesung von Baden, Hamburg und Bremen dagegen gestellten Anträge (Monitum 405 bis 407) kamen nicht zur Berathung. **Art. 376.**

In Folge dieser zum Schutz des Committenten gegen Speculation des Commissionärs auf seine Kosten gerichtete Bestimmung wird in den überwiegend meisten Fällen, in welchen die Frage überhaupt möglich ist, indem die Voraussetzungen des Abs. 1 vorliegen, d. h. also bei den meisten Commissionen zum Einkauf oder Verkauf von Waaren, Wechseln und Werthpapieren, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben, der Commissionär als Contrahent in Anspruch genommen werden. Die Bestimmung ist daher von der grössten praktischen Bedeutung.

Namhaft macht. Es genügt nicht, dass der Commissionär nur anzeigt, dass das Geschäft mit einer dritten Person abgeschlossen sei, sondern dieselbe muss mit ihrem Namen genannt werden. §. 12.

Mit der Anzeige. Es ist vorausgesetzt, dass der Commissionär ordnungsmässig die Anzeige mache (Art. 361). Das Nämliche muss gelten, wenn der Commissionär die Anzeige versäumt. Giebt er erst später (sei es auf Aufforderung des Committenten, sei es unaufgefordert) die Erklärung ab, dass das Geschäft in einem frühern Zeitpunkt ausgeführt sei, oder kann ihm nachgewiesen werden, dass die Ausführung schon früher erfolgt sei, so kann trotzdem, dass der Commissionär einen Andern als Contrahenten namhaft macht, der Committent doch von der ihm in diesem Absatz eingeräumten Befugniss Gebrauch machen.

[20]) Protokolle S. 1213 f. 1435 f.

Art. 376. §. 13. **Der Committent ist befugt.** Macht der Committent von dieser Befugniss keinen Gebrauch, d. h. erklärt er nicht, das Verhältniss auf Grund des Abs. 3 jedenfalls so ansehen zu wollen, als sei der Commissionär als Contrahent eingetreten, so kommt das Geschäft so, wie es in der That abgeschlossen worden ist, zur Beurtheilung. Der Commissionär hat in seinem Rechenschaftsbericht sich darüber zu erklären, ob er mit einem Dritten abgeschlossen, oder ob er durch die an den Committenten erstattete Anzeige von der Ausführung des Geschäfts die in der Commission liegende Offerte selbst habe acceptiren wollen, bez. sein Vorbringen zu beweisen. Dem Committenten steht der Gegenbeweis offen. Jede Erklärung, welche der Commissionär über die Ausführung des Auftrags giebt, und in welcher er nicht einen dritten Contrahenten namhaft macht, kann als eine Erklärung, dass er selbst als Contrahent eintrete, aufgefasst werden. Zeigt z. B. der Einkaufscommissionär an, dass er das Commissionsgut auftragsmässig für Rechnung des Committenten um den und den Preis „gekauft habe", so ist damit nach kaufmännischer Anschauung nicht erklärt, dass er wirklich von einem Dritten gekauft habe, also nicht selbst als Käufer eingetreten sei. Ergiebt sich, dass ersteres nicht der Fall war, sondern der Commissionär letzteres beabsichtigte, so kann der Committent sich nicht auf Grund jener Anzeige weigern, den Commissionär als Contrahenten anzuerkennen [21]).

§. 14. **Ausdehnung des Artikels auf andere Fälle?** Die Befugniss, welche Abs. 1 gewährt, ist nicht zu extendiren, weder auf andere Waaren als solche, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, noch auf andere

[21]) Anders ist vom Appellationsgericht zu Breslau erkannt worden (Löhr's Centralorgan N. F. Bd. I, S. 397 ff.). Auch in diesem Erkenntniss ist davon ausgegangen, dass der Commissionär sich eines „Versehens" schuldig mache, wenn er bei der Ausführungsanzeige nicht den Namen des dritten Contrahenten benenne oder nicht anzeige, dass er selbst als Contrahent eingetreten sei (s. o. §. 2).

Ebensowenig kann allerdings der Begründung des Stadtgerichts zu Breslau in dem angeführten Fall beigetreten werden, welches dem Commissionär die Befugniss als Verkäufer aufzutreten aus dem Grund zugesprochen hatte, weil aus der in Absatz 3 dem Committenten eingeräumten Befugniss folge, dass „umgekehrt auch dem Commissionär das Recht zustehe, die Waare als Verkäufer zu liefern, indem sonst eine Ungleichheit der Rechte auf beiden Seiten angenommen werden müsse."

Dagegen stimmt die Entscheidung eines preussischen Appellationsgerichts (Busch's Archiv Bd. V, S. 283 ff.) mit dem im Text Ausgeführten überein, während das betreffende Kreisgericht, sowie der Einsender anderer Ansicht sind.

v. Kräwel (Busch's Archiv Bd. VIII, S. 464) erklärt sich mit Recht gegen die Auffassung, als stände dem Commissionär auch noch nach der Anzeige von der Ausführung des Auftrags die Wahl frei, ob er als Contrahent eintreten oder mit einem Dritten contrahiren wolle. Dagegen entspricht die Ansicht, als enthalte die Anzeige des Commissionärs, dass er gekauft oder verkauft habe, die Erklärung, dass er nicht selbst als Contrahent eingetreten sei, der kaufmännischen Anschauung sicherlich nicht, und diese ist doch hier die massgebende (s. Art. 279).

als Einkaufs- und Verkaufscommissionen [22]. Tritt der Commissionär in anderen Fällen als Contrahent auf, so braucht der Committent das Geschäft nicht anzuerkennen und der Commissionär kann nicht etwa zum Beweis zugelassen werden, dass der Abschluss des Geschäfts für den Committenten an sich vortheilhaft war, oder dass dasselbe für ihn nicht nachtheiliger oder selbst vortheilhafter war, als wenn mit Dritten abgeschlossen worden wäre, oder dass die Commission als solche nicht hätte ausgeführt werden können. Der Committent kann jedoch das Geschäft unangefochten lassen, dabei aber sein Interesse wegen nicht vertragsmässiger Ausführung gegen den Commissionär geltend machen, er kann sich hierbei auf die Rechnungsablage des Commissionärs, zu welcher dieser verbunden bleibt, stützen. **Art. 376.**

Beabsichtigt der Commissionär in einem der in unserem Artikel nicht enthaltenen Fälle als Contrahent einzutreten, so bleibt ihm nichts übrig, als dies dem Committenten ausdrücklich zu offeriren. Acceptirt dieser, so ist die anfängliche Commission dadurch aufgehoben und der andere Vertrag tritt an deren Stelle.

Die Erklärung des Committenten kann so gefasst sein, dass der Commissionär befugt erscheint, in derselben sowohl eine Commission als eine Offerte zu finden. Eine solche unbestimmte Erklärung kann z. B. in den Worten: „verschaffen Sie mir“, und ähnlichen erkannt werden. Ebenso können auch die eine als Auftrag gefasste Erklärung begleitenden oder derselben voraufgehenden Umstände dahin führen, dass die Erklärung auch als Offerte aufgefasst werden kann. §. 15.

Art. 377.

Wenn der Committent den Auftrag widerruft und der Widerruf bei dem Commissionär eintrifft, bevor die Anzeige von der Ausführung des Auftrags behufs ihrer Absendung abgegeben ist, so kann sich der Commissionär der Befugniss, selbst als Käufer oder Verkäufer einzutreten, nicht mehr bedienen. **Art. 377.**

[22] Treitschke, Rechtsgrundsätze vom Commissionshandel (1839) §. 6, gesteht „nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und dem deutschen Handelsgebrauch“ dem Einkaufs- und Verkaufscommissionär das Recht als Contrahent einzutreten allgemein zu, „sobald nur der Zweck und Vortheil des Committenten ebenso wie bei einem Handel mit Dritten erreicht werde“, und Ackermann (Busch's Archiv, Bd. VI, S. 299) nimmt an, dass diesem Grundsatz durch das Handelsgesetzbuch nicht derogirt werde. Allein, abgesehen davon, ob das fragliche Recht früher wirklich in dem behaupteten Umfang gegolten habe, steht dieser letzteren Ansicht entgegen, dass in den Artikeln 360. 361. 362 der Begriff des Commissionsgeschäfts scharf aufgestellt wird und dass die in Art. 376 hiervon gemachte Ausnahme ihrem Umfang nach bestimmt formulirt ist.

Art. 377. Preuss. Entwurf Art. 294 Abs. 4. — Entwurf I. Lesung Art. 322 Abs. 4. — Entwurf II. Lesung Art. 354.

Protok. S. 741 bis 743.

§. 1. Die Commission kann wie jedes Mandat jederzeit widerrufen werden, so lange noch res integra ist, d. h. wenn und (bei Möglichkeit der theilweisen Ausführung) soweit das für Rechnung des Committenten abzuschliessende Geschäft noch nicht abgeschlossen ist [1]). Darauf, dass der Abschluss dem Committenten noch nicht angezeigt ist, kommt nichts an. Die Verspätung dieser Anzeige kann den Commissionär schadensersatzpflichtig machen, auf die Rechtsbeständigkeit des Geschäfts und die Verpflichtung des Committenten, dasselbe als für seine Rechnung geschlossen anzuerkennen, hat dieselbe keinen Einfluss (s. o. Art. 361 Bemerk. §. 7). Auch gelten hinsichtlich des Beweises, dass das Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen sei, keine besonderen Bestimmungen.

Wie verhält es sich nun aber, wenn der Commissionär von der in Art. 376 ihm eingeräumten Befugniss, selbst als Contrahent einzutreten, Gebrauch macht oder Gebrauch machen will?

Ein Vertrag zwischen Commissionär und Committenten kann schlechterdings nur dadurch zu Stande kommen, dass der Commissionär die in der Commission liegende Offerte gegenüber dem Committenten acceptirt. Im Allgemeinen finden mithin auf dieses Rechtsverhältniss die über das Zustandekommen von Verträgen geltenden Grundsätze, also namentlich auch die Bestimmungen des dritten Abschnitts des ersten Titels dieses Buchs Anwendung. Es ist jedoch zu untersuchen, ob nicht durch die Besonderheit des Rechtsverhältnisses einzelne Sätze modificirt sind. Allerdings ist dies in Betreff des Art. 319 anzunehmen.

§. 2. Hätte der Committent eine einfache Kaufsofferte [2]) gestellt, so würde er nach Art. 319 „bis zu dem Zeitpunkt, in welchem er bei ordnungsmässiger rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf, gebunden gewesen sein“, so dass er vorher nicht wirksam widerrufen konnte. Er wäre aber auch nur bis dahin gebunden gewesen.

Beide Sätze sind nicht auf die in der Commission liegende Offerte zu beziehen. Für den Committenten liegt zunächst nur ein Mandat vor. Hat nun auch der Commissionär die Befugniss, dieses Mandat als Kaufsofferte aufzufassen, so besteht diese Befugniss doch nur so lange das

[1]) Der Commissionär kann Ersatz aller entstandenen Kosten verlangen, soweit diese nicht im Fall des Abschlusses des Geschäfts durch die Provision zu ersetzen gewesen wären.

[2]) Der Vereinfachung wegen wird hier nur die Kaufsofferte behandelt. Alles von dieser Geltende gilt auch von der Verkaufsofferte.

Mandat existirt, und es folgt aus dieser Befugniss nicht, dass das Recht des Mandanten, das Mandat jederzeit zu widerrufen, modificirt sei. Andererseits besteht aber das Mandat, wenn es nicht auf eine bestimmte Zeit ertheilt ist, so lange es nicht widerrufen, d. h. so lange der Widerruf nicht beim Commissionär eingetroffen ist. So lange hat also der Commissionär auch das Recht, dasselbe als Kaufsofferte aufzufassen und seine Acceptation zu erklären. In dem Augenblick aber, in welchem der Widerruf bei ihm eintrifft, ist dies Recht erloschen, und er kann sich auch nunmehr nicht darauf berufen, dass er beabsichtigt habe, die Waare dem Committenten als Verkäufer zu liefern, oder dass er das betreffende Geschäft in seine Bücher eingetragen, oder dass er dritten Personen seinen Willen erklärt, oder dass er Vorbereitungen zur Ausführung getroffen habe u. s. w. In allen diesen Momenten liegt keine Acceptation der Offerte des Committenten. Art. 377.

Diese Sätze sind nun auch in unserem Artikel anerkannt. Der Artikel enthält auch den ohne gesetzliche Bestimmung möglicher Weise zweifelhaften Satz, dass es genügt, wenn die Acceptation (beziehungsweise die als solche nach Art. 376 Abs. 3 geltende Anzeige) behufs ihrer Absendung abgegeben ist [3]. Ferner ist die Annahme ausgeschlossen, dass die Eintragung in die Bücher des Commissionärs als eine Erklärung gegenüber dem Committenten aufzufassen sei. §. 3.

Der Artikel ist entsprechend den Artikeln 319 und 320 nur für die durch Worte erfolgende Annahmeerklärung formulirt. Wie oben (Bemerkungen zu Art. 319 §. 13 und zu Art. 320 §. 4) ausgeführt, kann es aber bei einer Offerte vorkommen, dass „der Offerent eine Antwort überhaupt nicht erwartet, oder doch nicht eine solche, welche die Annahmeerklärung selbst enthält, sondern nur die Anzeige von der erfolgten Annahme. Insbesondere ist dies der Fall, wenn der Offerent sofortige Ausführung des offerirten Vertrags verlangt, oder dies Verlangen als gestellt angenommen werden muss. Hier ist die Offerte so aufzufassen, als erkläre der Offerent, die Annahme solle durch die Erfüllung oder den Beginn der Erfüllung erfolgen, und diese Erklärung bindet den Offerenten." „In diesen Fällen ist, wenn durch Beginn der Erfüllung die Annahme erfolgt ist, ein Widerruf nicht mehr zulässig." Bei der Einkaufs- und Verkaufscommission wird nun aber auch sehr häufig die Absicht des Committenten dahin gehen, dass der abzuschliessende Vertrag sofort erfüllt werde. Die in der Commission liegende Offerte an den Commissionär wird also häufig unter die eben erwähnten fallen und daher auch durch §. 4.

3) Vergl. über die Bedeutung dieses Ausdrucks Art. 321 Bemerk. §. 2.

Art. 377. Erfüllung acceptirt werden können, denn es ist in der Besonderheit dieser Art der Offerte kein Grund enthalten, warum in Betreff derselben die Anwendbarkeit jener Sätze ausgeschlossen werden müsse. Namentlich kann ein solcher nicht hergeleitet werden aus der ratio legis, welcher unser Artikel seine Aufnahme verdankt; denn durch die Erfüllung ist die Möglichkeit der Speculation des Commissionärs auf Kosten des Committenten in noch wirksamerer Weise ausgeschlossen, als durch die wörtliche Annahmeerklärung. Hat also der Einkaufscommissionär z. B. die Waare vom eigenen Lager schon an den Committenten oder denjenigen, an welchen auftragsgemäss die einzukaufende Waare zu senden war, expedirt, so ist damit die Acceptation in derselben Weise erklärt, wie durch Absendung einer Anzeige. Bei der Verkaufscommission ist die Erfüllung des Kaufs des Commissionsguts durch den Commissionär oft nicht so evident wie die des Verkaufs bei der Einkaufscommission, sobald aber ein deutlicher Act derselben vorliegt, muss auch dieser als Acceptationserklärung gelten. Z. B. der Commissionär übernimmt die übersandte Waare aus dem öffentlichen Lagerhaus auf sein eigenes Lager und verzollt dieselbe, er verwendet sie in seiner Fabrik, er packt sie um und versieht sie mit seinen eigenen Etiquetten. Sobald die betreffende Handlung jedoch eine mehrfache Deutung zulässt, kann sie nicht als Annahmeerklärung aufgefasst werden.

§. 5. Die Acceptation durch Erfüllung kann insbesondere auch von Bedeutung werden, wenn es streitig ist, ob der Commissionär eine Ausführungsanzeige erstattet hat.

§. 6. Art. 320 und 321 finden auf die Vertragsverhältnisse zwischen Committenten und Commissionär einfache Anwendung.

Art. 378.

Art. 378. Die Bestimmungen dieses Titels kommen auch zur Anwendung, wenn ein Kaufmann, dessen gewöhnlicher Handelsbetrieb nicht in Commissionsgeschäften besteht, ein einzelnes Handelsgeschäft in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers schliesst.

Preuss. Entwurf Art. 295. — Entwurf I. Lesung: fehlt. — Entwurf II. Lesung Art. 355.

Protok. S. 743 f. — 1462 bis 1464.

§. 1. Dieser Artikel schliesst sich an Art. 272 Abs. 2 an. Dort wird bestimmt, dass die in Abs. 1 aufgeführten Geschäfte, welche bei gewerbe-

mässigem Betrieb als Handelsgeschäfte anerkannt sind (sogenannte relative oder subjective Handelsgeschäfte), „auch dann Handelsgeschäfte seien, wenn sie zwar einzeln, jedoch von einem Kaufmann im Betrieb seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes gemacht würden." Daraus folgt aber nur, dass für solche Geschäfte die allgemeinen Grundsätze über Handelsgeschäfte (Buch IV, Titel I) gelten, nicht aber, dass auf dieselben auch die für einzelne Arten der relativen Handelsgeschäfte aufgestellten speciellen Rechtssätze Anwendung finden. Sollten also auch die in Titel III, IV, V über das Commissions-, Speditions- und Frachtgeschäft [1]) enthaltenen Bestimmungen auf die erwähnten Geschäfte angewandt werden, so bedurfte es besonderer Bestimmungen darüber. Diese sind in zweiter Lesung beschlossen worden und finden sich in Art. 378. 388. 420. Art. 378.

Ein Kaufmann. Darüber, dass hierunter der Kaufmann als solcher, der Kaufmann „in Ausübung seines Handelsgewerbes" zu verstehen ist, s. Vorbemerkung II zu Buch IV, Titel I, Abschnitt II, §. 7 (S. 53 f.). Gerade für die vorliegende Bestimmung ist besonderes Gewicht hierauf zu legen, weil es (namentlich bei dem weiten Umfang des Kaufmannsbegriffs, welchen das Gesetzbuch aufstellt) gar nicht selten vorkommt, dass ein Kaufmann Aufträge nicht im Betrieb seines Handelsgewerbes übernimmt. Dass auf solche Aufträge die Bestimmungen unseres Titels keine Anwendung leiden, ist evident. Ueber die Kriterien, aus welchen sich ergiebt, ob ein Auftrag im Betrieb des Handelsgewerbes übernommen ist, vergl. Bemerkungen zu Art. 272 §. 23 (S. 35 f.). §. 2.

Ein einzelnes Handelsgeschäft. Es müssen hier zwei in den Bemerkungen zu Art. 360 §. 5 (S. 299) enthaltene, auch der Interpretation des vorliegenden Artikels präjudicirende Ungenauigkeiten verbessert werden [2]). §. 3.

[1]) Dies sind die einzigen relativen Handelsgeschäfte, über welche das Gesetzbuch solche Bestimmungen enthält.

[2]) Aufmerksam hierauf wurde ich bei der Lectüre der zweiten Abtheilung der Abhandlung Laband's über das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. IX, S. 426 ff.; s. insbesondere S. 433 ff.

In Folge besonderer Umstände (mein Exemplar des neunten Bandes der erwähnten Zeitschrift war mir nicht zur Hand) hatte ich es bei Bearbeitung des Titels vom Commissionsgeschäft übersehen, dass diese Abhandlung sich auch auf das Pfandrecht des Commissionärs erstreckt, und wurde meines Versehens erst inne, als der Druck schon bis zu dieser Stelle vorgerückt war. Ich kann daher das Obige erst jetzt bei der Revision des Bogens 24 einschalten.

Bei dieser Gelegenheit kann ich mir aber nicht versagen, meine Freude darüber auszusprechen, dass Laband und ich in einer Anzahl der wichtigsten Punkte selbständig zu gleichen Resultaten gelangt sind. Besonders anzuführen ist in dieser Beziehung: die Ausführung über den Erwerb des Eigenthums am Commissionsgut durch den Einkaufscommissionär (s. Laband S. 439 ff. und meinen Zusatz II.

Art. 378. Dort heisst es nämlich: „Die Eigenschaft des Beauftragten als Kaufmann (Commissionär) ist begründet, wenn die Geschäfte dann, wenn sie der Auftraggeber in eigenem Namen abgeschlossen hätte, auf seiner Seite Handelsgeschäfte wären.“ Die Worte „auf seiner Seite“ sind ungenau und müssen wegfallen. Nach dem System des Handelsgesetzbuchs ist es, abgesehen von besonderen Bestimmungen, für die rechtliche Beurtheilung eines Geschäfts als Handelsgeschäft völlig einerlei, ob dasselbe auf Seiten beider Contrahenten oder nur auf Seiten eines derselben Handelsgeschäft ist, sowie auf Seiten welches der Contrahenten es diese Eigenschaft hat (Art. 277). Wenn das Gesetzbuch den Ausdruck Handelsgeschäft ohne weiteren Zusatz braucht, so versteht es darunter ein Geschäft, welches dadurch, dass auf Seiten wenigstens eines Contrahenten die speculative Absicht in dem in der Vorbemerkung zu Titel I Abschnitt 1 dieses Buchs (S. 1 f.) entwickelten Sinn der Regel nach vorhanden ist, eine besondere rechtliche Qualification erhält. In diesem Sinn ist das Wort daher auch in Art. 360 zu verstehen, und es entspricht diese Auffassung auch ganz dem der Lehre vom Commissionsgeschäft zu Grunde liegenden Gedanken. Daraus folgt, dass die gewerbemässige Uebernahme des Abschlusses von Geschäften die Eigenschaft des Beauftragten als Commissionär immer begründet, sobald diese Geschäfte, wenn sie von den Auftraggebern selbst (in eigenem Namen) abgeschlossen würden, wenn auch nicht auf deren Seite, so doch auf Seiten des anderen Contrahenten Handelsgeschäfte sein würden (z. B. Verkäufe von Producenten an Kaufleute). In diesem Sinne ist aber auch das Wort Handelsgeschäft in unserem Artikel aufzufassen [3]).

§. 4. Weiter heisst es an der angezogenen Stelle: „Ist aber hierdurch die Eigenschaft des Beauftragten als Kaufmann einmal begründet, oder ist der Beauftragte in Folge des gewerbemässigen Betriebs anderer Geschäfte Kaufmann, so ist jedes Geschäft, welches er als solcher in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers abschliesst, sofern es nicht Immobilien

zu Art. 368 S. 333 ff.); die Bemerkungen über das Verhältniss des gesetzlichen Pfandrechts des Commissionärs zu den Rechten Dritter am Commissionsgut (s. Laband S. 456 ff. und meine Bemerkungen zu Art. 374, §. 2, S. 355); vor Allem aber die Interpretation des Art. 368 Abs. 2 (s. Laband S. 456 ff. und meine Bemerkungen auf S. 331). Vergl. auch Laband S. 450 Note 2 und meine Note 1 auf S. 359.

[3]) Laband bestreitet diese Auffassung zwar nicht ausdrücklich und damit, dass er die in den Art. 360 und 378 erwähnten Handelsgeschäfte als „Handelsgeschäfte ratione des Committenten“ (im Gegensatz zu Handelsgeschäften ratione des Commissionärs) erklärt, lässt dieselbe sich wohl vereinigen. Allein aus der S. 437 gezogenen Folgerung und dem in Note 5 daselbst angeführten Beispiel ergiebt sich, dass er nur den Fall, dass das Geschäft auf Seiten des Committenten Handelsgeschäft ist, im Auge hat.

zum Gegenstand hat, Handelsgeschäft nach Art. 273, bez. Art. 272 Abs. 2.“ Art. 378.
In Betreff des gewerblichen Commissionärs ist dies richtig. Uebernimmt derselbe im einzelnen Fall einen Auftrag zur Abschliessung eines Geschäfts, welches, vom Auftraggeber abgeschlossen, kein Handelsgeschäft sein würde, so übernimmt er den Auftrag doch in seinem gewöhnlichen Handelsbetrieb. Die Uebernahme des Auftrags sowohl als die Abschliessung des mandirten Geschäfts „gehört also zum Betrieb seines Handelsgewerbes“, ist mithin nach Art. 273 Abs. 1 Handelsgeschäft [4]).

Nicht unbedingt richtig aber ist die Darstellung hinsichtlich desjenigen Beauftragten, welcher durch das gewerbemässige Betreiben anderer (absoluter oder relativer) Handelsgeschäfte Kaufmann ist. Beschränkt sich nämlich der Gewerbebetrieb auf diese Geschäfte, so fällt die Uebernahme eines einzelnen Auftrags zum Abschluss eines Geschäfts in eigenem Namen für Rechnung des Auftraggebers nicht unter Art. 273 Abs. 1, sondern kann nur unter Art. 272 Abs. 2 subsumirt werden. Damit aber dies geschehen könne, muss der Auftrag so beschaffen sein, dass die gewerbemässige Uebernahme und Ausführung von Aufträgen der gleichen Art die Eigenschaft des Uebernehmers als Commissionär begründen würde — der Auftrag muss also auf ein Geschäft gerichtet sein, welches, wenn vom Auftraggeber selbst ausgeführt, Handelsgeschäft sein würde [5]).

Dem Princip nach stimme ich also Laband jetzt völlig bei. Allein da ich in Bezug auf die Voraussetzung, wann ein Handelsgeschäft ratione des Auftraggebers vorliegt, von demselben abweiche (s. o. §. 3 und Note 3), so gelangen wir doch in Betreff der Tragweite des Artikels und seiner praktischen Bedeutung zu verschiedenen Resultaten, wie sich aus dem Folgenden des Näheren ergiebt.

Laband [6]) ist nämlich der Ansicht, dass der Unterschied zwischen §. 5.
der rechtlichen Stellung des gewerblichen Commissionärs und der des

[4]) Laband a. a. O. S. 435.

[5]) „Es wird sowohl in Art. 272 Abs. 2 als in Art. 378 an denjenigen Erfordernissen, welche für die Handelsgewerbe aufgestellt sind, nichts geändert, sondern es wird nur von der Gewerbemässigkeit Abstand genommen; oder mit anderen Worten: das einzelne nicht im Betriebe des Gewerbes geschlossene Geschäft muss von der Art sein, dass der gewerbemässige Betrieb solcher Geschäfte unter eine der Kategorien des Art. 272 Abs. 1 fallen würde. Der Art. 378 spricht daher nur von solchen Geschäften eines Kaufmanns, die, wenn sein Handelsgewerbe auf die Betreibung derselben gerichtet wäre, ihn zum Commissionär im Sinn des Art. 360 machen würden. Es soll im Art. 378 nicht ein qualitativ ganz anderer Begriff des Commissionärs aufgestellt werden, als im Art. 360, sondern es soll der Begriff nur ausgedehnt werden auf gewisse Fälle, bei denen das Merkmal der Gewerbemässigkeit fehlt oder vielmehr durch ein anderes ersetzt wird.“ Laband a. a. O. S. 436.

[6]) A. a. O. S. 437 Note 5.

Art. 378. sonstigen Kaufmanns, der nur im einzelnen Fall einen Auftrag übernimmt, in vielen Fällen den realen Verhältnissen nicht entsprechen werde. Ich kann diese Befürchtung aus folgenden Gründen nicht theilen.

Zunächst liegt bei einigermassen umfangreichen Gewerben solcher Personen, welche nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch (nicht nur im Sinn des Handelsgesetzbuchs) als Kaufleute bezeichnet werden, gewöhnlich eine Beschränkung auf einzelne bestimmte Geschäftszweige nicht vor. Ebensowenig wie sie ausschliesslich Commissionäre sind [7]), pflegen sie sich der Uebernahme von Commissionen in der Art zu enthalten, dass dieselben nicht als zu ihrem Geschäftsbetrieb gehörig angesehen werden könnten. Bei manchen Gattungen von kaufmännischen Gewerben, z. B. den Banquiergeschäften, ist eine solche Enthaltung sogar thatsächlich unmöglich. Bei anderen Personen aber, welche zwar im Sinn des Handelsgesetzbuchs, aber nicht in dem eben erwähnten Sinn Kaufleute sind, kommt eine Uebernahme von Aufträgen im Betrieb ihres Geschäfts gewiss nur äusserst selten vor (s. o. §. 2).

Ferner wird es nicht allzu häufig geschehen, dass ein Nichtkaufmann einem Kaufmann Auftrag zum Abschluss eines Geschäfts giebt, welches nicht wenigstens auf Seiten des dritten Contrahenten Handelsgeschäft wird [8]). Allerdings wird meistens eine bestimmte Absicht nach dieser Richtung nicht ausdrücklich erklärt sein. Der Verkaufsauftrag z. B. wird selten ausdrücklich dahin gehen, dass der Verkauf mit einem Kaufmann, beziehungsweise mit einer Person, welche kauft, um wieder zu verkaufen, abgeschlossen werden soll, oder umgekehrt. Ist in einem solchen Fall das Geschäft schon abgeschlossen, so entscheidet eben der Erfolg, ob es als Handelsgeschäft [9]) abgeschlossen ist. Aber auch schon vorher wird sich sehr häufig aus den Umständen erkennen lassen, ob die Absicht auf Abschluss eines Handelsgeschäfts gerichtet war oder

[7]) Gerade der Umstand, dass grössere Kaufleute sich nicht auf bestimmte Handelszweige beschränken und ihrem Gewerbebetrieb keinen besonderen Namen (Waaren-, Commissions-, Speditionsgeschäft etc.) geben, gab die hauptsächliche Veranlassung zur Aufnahme der Art. 378 und 388. Man wollte dadurch eine irrthümliche Interpretation der Art. 360 und 379 ausschliessen, beziehungsweise der Nothwendigkeit der Anstellung einer Untersuchung vorbeugen, ob der Commissions- oder Speditionsbetrieb im einzelnen Fall wirklich als ein gewerbemässiger anzusehen sei.

[8]) S. darüber, dass dies genügt, um die Anwendung des Art. 378 zu begründen, oben §. 3.

[9]) D. h. als Handelsgeschäft auf Seiten des dritten Contrahenten. Denn dass im einzelnen Fall, wenn der Beauftragte nicht erklärt, das Geschäft für fremde Rechnung und zwar für Rechnung eines Nichtkaufmanns abzuschliessen, das Geschäft in Folge der Präsumtion des Art. 274 in Beziehung zum dritten Contrahenten als Handelsgeschäft anzusehen ist, bleibt für das Verhältniss zwischen Mandant und Mandatar ohne Einfluss.

nicht [10]), und wenn auch keine Präsumtion für die erstere Absicht aufzustellen ist, so wird diese doch in den meisten Fällen vorliegen [11]). Art. 378.

Tritt nun aber die besprochene Voraussetzung, auf welche unser Artikel keine Anwendung leidet, einmal wirklich ein, übernimmt also ein Kaufmann, dessen gewöhnlicher Handelsbetrieb nicht in Commissionsgeschäften besteht, einen Auftrag zum Abschluss eines Nichthandelsgeschäfts als Kaufmann — dann liegt kein innerer Grund vor, die Grundsätze über gewerbemässigen Commissionshandel auf dieses Mandatsverhältniss anzuwenden, im Gegentheil dürfte es der im Verkehr herrschenden und den sonstigen Bestimmungen des Gesetzbuchs zu Grunde liegenden Auffassung entsprechen, dass in diesem Fall die für das Commissionsgeschäft aufgestellten specifischen Rechtssätze nicht zur Anwendung kommen. Dies gilt insbesondere von Art. 376. Aber auch die Versagung des gesetzlichen Pfandrechts des Art. 374 entspricht ganz der auch an anderen Orten im Gesetzbuch festgehaltenen Behandlung des Pfand- und Retentionsrechts [12]), und ist deswegen weniger fühlbar, weil ja ohnedies die Möglichkeit der Geltendmachung dieses Pfandrechts für Forderungen aus laufender Rechnung fehlt. Das Retentionsrecht des allgemeinen bürgerlichen Rechts steht dem Mandatar natürlich zu. Das Recht auf Provision entspringt nicht ausschliesslich aus dem Commissionsgeschäft; es steht auch in unserm Fall dem Mandatar aus Art. 290 zu. §. 6.

[10]) Von Wichtigkeit wird hierbei die Quantität der Waare, über welche der betreffende Vertrag geschlossen werden soll, oder der Umstand, dass auf dem ins Auge gefassten Markt nur Händler und nicht Consumenten oder Producenten zu kaufen oder zu verkaufen pflegen etc.

[11]) Hierdurch wird sich auch in den meisten Fällen der von Laband (a. a. O. S. 437 Note 5) in dem angeführten Fall, dass der Producent, der nicht Kaufmann ist, seine Waare einem Kaufmann, der nicht Commissionär ist, zum Verkauf übergiebt, angenommene Widerspruch zwischen unserm Artikel und der kaufmännischen Anschauung lösen; wie denn überhaupt das im Gesetzbuch angenommene System der Handelsgeschäfte, so künstlich es sein mag, bei einer strengen Durchführung doch fast immer „den realen Verhältnissen entsprechen wird".

[12]) Auf die Anschauung der Kaufleute darf in diesem Punkt nicht unmittelbar recurrirt werden, denn diese geht in Bezug auf den Umfang „der Deckung" überhaupt oft weiter als das Handelsgesetzbuch.

Vierter Titel.

Von dem Speditionsgeschäft.

Art. 379.

Art. 379. Spediteur ist derjenige, welcher gewerbemässig in eigenem Namen für fremde Rechnung Güterversendungen durch Frachtführer oder Schiffer zu besorgen übernimmt.

Preuss. Entwurf Art. 296. — Entwurf I. Lesung Art. 323. — Entwurf II. Lesung Art. 356.

Protok. S. 751. 772 f. — 1216.

§. 1. **Gewerbemässig.** S. Bemerkungen zu Art. 4 §. 4. Vergl. Art. 360 und 390.

Güterversendungen besorgen, heisst Fracht- und Speditionsverträge [1]) abschliessen, beziehungsweise den Frachtführern oder Spediteuren die Güter zum Transport übergeben oder sie ihnen abnehmen. Diese Verträge schliesst der Spediteur in eigenem Namen für fremde Rechnung, mithin als Commissionär ab. Die Spedition ist eine Art der Commission. S. auch Art. 387.

Durch Frachtführer oder Schiffer. Da Fluss- und Binnenseeschiffer unter dem Frachtführer inbegriffen sind (Art. 390), so kann Schiffer nur auf Seeschiffer bezogen werden [2]). Und in der That

[1]) Ueber den Abschluss von Speditionsanträgen mit Zwischenspediteuren siehe Bemerkungen zu Art. 380 §. 4.

[2]) Correcter müsste es allerdings heissen: Verfrachter eines Seeschiffs, da der Schiffer nur als Vertreter desselben contrahirt.

war die Erwähnung derselben erforderlich, weil der Begriff des Spediteurs **Art.**
sonst zu eng gefasst worden wäre, und die **Besorgung** der Güterversen- **379.**
dung über See nicht in das Seerecht gehört.

Die Geschäfte des Spediteurs sind nach Art. 372 Nr. 3 relative Han- §. 2.
delsgeschäfte, der Spediteur ist daher als solcher Kaufmann. Nach Absatz 2 desselben Artikels ist die **einzelne** (nicht gewerbemässige) Besorgung einer Güterversendung dann, wenn sie von einem Kaufmanne im Betriebe seines gewöhnlich nicht auf Speditionsgeschäfte gerichteten Handelsgewerbes vorgenommen wird, ebenfalls Handelsgeschäft. Auf Speditionen beider Art finden die Bestimmungen dieses Titels Anwendung (Art. 388).

Derjenige, welcher dem Spediteur die Besorgung einer Güterversendung überträgt, wird als **Versender** bezeichnet. S. Bemerkungen zu Art. 391 §. 4.

Art. 380.

Der Spediteur haftet für jeden Schaden, welcher aus der Ver- **Art.**
nachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns bei der **380.**
Empfangnahme und Aufbewahrung des Guts, bei der Wahl der Frachtführer, Schiffer oder Zwischenspediteure und überhaupt bei der Ausführung der von ihm übernommenen Versendung der Güter entsteht.

Der Spediteur hat die Anwendung dieser Sorgfalt zu beweisen.

Preuss. Entwurf Art. 300. — Entwurf I. Lesung Art. 324. — Entwurf II. Lesung Art. 357.

Protok. S. 751 f. 753 bis 756. 758 bis 765. 856 f. 861. — 1217. 1222. 4626 bis 4628.

Für die Haftung des Spediteurs findet sich in den verschiedenen §. 1.
Rechten ein dreifaches System aufgestellt:

1) Der Spediteur haftet für die Versendung, wie ein Frachtführer für den übernommenen Transport haftet.

2) Der Spediteur steht für die Frachtführer, Schiffer und Zwischenspediteure del credere.

3) Der Spediteur steht wie ein Commissionär nur für Verschulden bei Auswahl dieser Personen ein.

Die Verschiedenheit der beiden ersten Systeme wird trotz ihrer

Art. 380. grossen Bedeutung namentlich in neuerer Zeit [1]) oft nicht genugsam berücksichtigt. So ist es auch nicht deutlich ersichtlich, welches dieser beiden Systeme vom preussischen Entwurf angenommen ist, und die Motive zu Art. 300, in welchen z. B. neben dem französischen Recht das holländische Recht citirt wird, und deren erstem und letztem Absatz eine verschiedene Auffassung zu Grunde zu liegen scheint, tragen nicht zur Aufhellung bei. Jedenfalls aber hatte der Entwurf eines der beiden ersten Systeme adoptirt.

Die Conferenz beschloss jedoch schon in erster Lesung, das in Deutschland, wenigstens im grössten Theil desselben in Uebung stehende dritte System anzunehmen, so dass im Gesetzbuch der Spediteur ganz als Commissionär im Sinn des dritten Titels dieses Buchs behandelt wird. Da hierdurch die anderen Systeme beseitigt und die aus denselben hervorgehenden Sätze aufgehoben sind, so kann nicht etwa auf Grund der Art. 370 Abs. 1 und 387 angenommen werden, dass an den Orten, an welchen das angeführte zweite System in Uebung war, der Spediteur auch noch nach Einführung des Handelsgesetzbuchs ipso jure del credere stehe. Selbstverständlich steht es jedoch den Parteien frei, das Rechtsverhältniss im einzelnen Fall abweichend zu reguliren. Für einen der wichtigsten Fälle der besonderen Verabredung hat das Gesetzbuch sogar Rechtssätze aufgestellt (Art. 384).

§. 2. Der preussische Entwurf hatte dem Versender auch ohne Abtretung eine Klage gegen den Frachtführer und Zwischenspediteur gegeben. Dieser in erster Lesung Anfangs angenommene Satz wurde später durch Translation in den fünften Titel beseitigt. Das in Art. 368 anerkannte Rechtsverhältniss zwischen Committent, Commissionär und Drittem leidet daher keine Veränderung, wenn die Besorgung der Versendung von Gütern den Gegenstand der Commission bildet.

§. 3. **Absatz 1. Bei der Empfangnahme und Aufbewahrung des Guts.** Wie der Commissionär im Allgemeinen bei Empfang des ihm abgelieferten Commissionsguts das Interesse des Committenten wahren und das Gut, so lange es sich bei ihm befindet, sorgfältig aufbewahren muss (Art. 365. 367 Abs. 1), hat auch der Spediteur diese Verpflichtung hinsichtlich des Commissionsguts. Er hat diese Verpflichtung auch dann in demselben Umfang und es trifft ihn ebenfalls die in Abs. 2 ihm auferlegte Beweislast, wenn ihm, ohne dass er Verträge über den Transport abzuschliessen hat, das Gut lediglich zur Ablieferung an einen Dritten [2]) oder um es zur Disposition des Absenders oder eines Dritten zu halten zu-

[1]) S. darüber Bemerkungen zu Art. 384 §. 23.
[2]) S. §. 4.

gesandt ist, sobald hierbei auf seine Eigenschaft als Spediteur (Art. 379) Bezug genommen ist. **Art. 380.**

Zwischenspediteure. Es kann durch die Verhältnisse geboten oder sonst zweckmässig erscheinen, dass der Spediteur das Gut nicht direct an den Empfänger, sondern an einen anderen Spediteur expedirt (d. h. einen Frachtvertrag abschliesst, in welchem er dem Frachtführer den anderen Spediteur als Empfänger bezeichnet), welcher das Gut demjenigen, an den es versendet werden soll, abliefern [3]) oder an denselben weiter versenden soll. Ein solcher Spediteur wird Zwischenspediteur genannt. Bei einer Versendung an entferntere Orte können mehrere Zwischenspediteure vorkommen. §. 4.

Ueberträgt jedoch der Spediteur die von ihm vorzunehmende Spedition einer anderen Person, so ist diese nicht Zwischenfrachtführer, sondern Substitut [4]). Die Haftung des Spediteurs für einen solchen kann im einzelnen Fall eine andere sein als die für den Zwischenspediteur.

Bei der Ausführung der — — Versendung. Hierunter kann fallen die Sorge für gehörige Verpackung, Declaration, Ausfertigung der Begleitpapiere, Einrichtung des Transports nach Zeit, Richtung, Wahl der Transportart [5]). Wie weit hierbei der Spediteur freie Hand hat, ist nach den Umständen zu beurtheilen. Aber auch die Art der Abschliessung der Frachtverträge gehört hierher. Der Spediteur ist verpflichtet, dieselben so vortheilhaft als möglich für den Versender, beziehungsweise sonstigen Interessenten einzurichten, insbesondere also auch dafür zu sorgen, dass eintretenden Falls der volle Schadensersatz in dem vom Gesetz festgestellten Umfang beansprucht werden kann. Allein daraus folgt nicht, dass der Spediteur nicht befugt wäre, im einzelnen Fall mit dem Frachtführer Verträge einzugehen, durch welche dessen gesetzliche Haftung vermindert wird (Protokolle S. 4627). Abgesehen von den Fällen, in welchen es unmöglich ist, die Uebernahme eines Transports durch einen Frachtführer oder Schiffer ohne geminderte oder nach einzelnen Richtungen limitirte Haftpflicht desselben zu erlangen, steigert sich bei unbeschränkter Haftung des Frachtführers oder Schiffers oft die Fracht in dem Grad, dass der Abschluss des Vertrags als dem Interesse des Versenders, beziehungsweise dessen vermuthlicher Absicht nicht entsprechend erscheint. In einem solchen Fall ist der Spediteur §. 5.

3) S. o. §. 3.

4) In den Protokollen findet sich für diese Person einmal der Ausdruck „Unterspediteur“ (Protok. S. 4627).

5) Hinsichtlich der Pflicht zur Versicherung des Guts gilt die Bestimmung des Art. 367 Abs. 2. Ueber das Recht auf Ersatz der Prämie s. Bemerkungen zu dem angeführten Artikel §. 2, insbesondere auch Note 3; Bemerk. zu Art. 371 §. 3.

Art. 380. daher nicht nur berechtigt, sondern unter Umständen sogar verpflichtet, einen Frachtvertrag abzuschliessen, nach welchem zwar die Haftpflicht des Frachtführers vermindert, dagegen die Fracht billiger gestellt ist [6]). Insbesondere kommt diese Frage bei dem Transport auf Eisenbahnen in Betracht, deren Reglements eine Reihenfolge von verschiedenen Vertragsmodalitäten bieten, bei welchen Höhe der Haftung und der Fracht in Wechselwirkung steht. Ebenso sind auch die bei dem Seetransport üblichen die Haftung des Verfrachters limitirenden Connossementsclauseln (Art. 656 ff.) zu berücksichtigen.

§. 6. **Absatz 2.** Der Spediteur ist wie jeder Commissionär und überhaupt Mandatar verpflichtet über das Geschäft Rechenschaft abzulegen [7]) und erforderlichen Falls diejenigen Thatsachen zu beweisen, aus welchen sich ergiebt, dass er den Bestimmungen des ersten Absatzes genügt hatte [8]).

Art. 381.

Art. 381. Der Spediteur hat die Provision und die Erstattung dessen zu fordern, was er an Auslagen und Kosten oder überhaupt zum Zweck der Versendung nothwendig oder nützlich aufgewendet hat (Art. 371).

Er ist nicht befugt, eine höhere als die mit dem Frachtführer oder Schiffer bedungene Fracht zu berechnen.

Preuss. Entwurf Art. 302. — Entwurf I. Lesung Art. 325. — Entwurf II. Lesung Art. 358.

Protok. S. 766 f. — 1219.

§. 1. **Absatz 1.** S. Bemerkungen zu Art. 371. Der Spediteur hat die Zahlung der ihm aus dem Speditionsvertrag gebührenden Leistungen von demjenigen, an welchen die Versendung geschehen soll, zu fordern, und zwar unter dem in Art. 412 gedrohten Verlust des Regresses gegen den Versender. Dort ist zwar nur von dem Verlust die Rede, welcher eintritt, wenn der abliefernde Frachtführer das Pfandrecht des Spediteurs nicht geltend macht. Was aber von der Geltendmachung durch Vertreter gilt, muss auch nothwendig von der Geltendmachung durch den Berech-

[6]) Vergleiche Note 2 zu Art. 361. Der dort erwähnten besseren Waare steht die weitere Haftpflicht des Frachtführers, dem Kaufpreis die Fracht gleich.

[7]) Bemerkungen zu Art. 361 §. 11.

[8]) Die früheren Entwürfe enthielten noch einen dritten Absatz, welcher in dritter Lesung gestrichen wurde. S. darüber Bemerkungen zu Art. 384 §. 7 Note 6.

tigten selbst gelten. Ein solcher Ausschluss des Rückgriffs entspricht auch den Verhältnissen so sehr, dass eine entgegenstehende Bestimmung von den nachtheiligsten Folgen sein würde. **Art. 381.**

Dagegen kann der Spediteur, welcher das Gut selbst dem Empfänger abliefert (Zwischenspediteur), nicht etwa aus Art. 412 ein Recht ableiten, sein Pfandrecht auch noch nach der Ablieferung geltend zu machen. Die Fortdauer des Pfandrechts ist nur aus besonderen Gründen dann zugestanden, wenn dasselbe durch den abliefernden Frachtführer geltend gemacht wird (s. Bemerkungen zu Art. 410 Abs. 4). Der an den Empfänger abliefernde Spediteur hat mit der Ablieferung sein Pfandrecht und seinen Rückgriff gegen den Versender verloren.

Absatz 2. Bei Gelegenheit der Berathung dieser Bestimmung wurden die Anträge gestellt und berathen, aus welchen die Artikel 383 und 385 hervorgegangen sind. Durch diese Artikel wird unsere Bestimmung modificirt. §. 2.

Art. 382.

Der Spediteur hat wegen der Fracht, der Provision, der Auslagen, Kosten und Verwendungen und wegen der dem Versender auf das Gut geleisteten Vorschüsse ein Pfandrecht an dem Gute, sofern er dasselbe noch in seinem Gewahrsam hat oder in der Lage ist, darüber zu verfügen. **Art. 382.**

Er kann dieses Recht auch gegenüber den übrigen Gläubigern und der Concursmasse des Eigenthümers geltend machen.

Bedient sich der Spediteur eines Zwischenspediteurs, so hat der letztere zugleich die seinem Vormann zustehenden Rechte, insbesondere dessen Pfandrecht, auszuüben.

Soweit der Vormann wegen seiner Forderung durch Nachnahme von dem Nachmann befriedigt ist, geht die Forderung und das Pfandrecht des Vormanns von Rechtswegen auf den Nachmann über. Dasselbe gilt in Bezug auf die Forderung und das Pfandrecht des Frachtführers, wenn und insoweit der letztere von dem Zwischenspediteur befriedigt ist.

Preuss. Entwurf Art. 302. — Entwurf I. Lesung Art. 326. — Entwurf II. Lesung Art. 359.

Protok. S. 766. 768 bis 771. — 1200 f. 1226 bis 1228. — 1436 bis 1439.

Absatz 1. Vergl. im Allgemeinen Art. 374. Das Pfandrecht des Spediteurs ist jedoch nicht wegen aller Forderungen gegeben, wegen §. 1.

Art. 382. welcher dem Commissionär ein Pfandrecht eingeräumt ist. Insbesondere steht es ihm nicht zu wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Speditionsgeschäften. Die betreffende Bestimmung des preussischen Entwurfs wurde in erster Lesung gestrichen [1]).

Ebenso beseitigte man das Wort „Darlehen" und machte verschiedene Versuche, um das Pfandrecht auf diejenigen Vorschüsse, welche für durch die Ausführung des Auftrags entstandene Kosten gegeben seien, zu beschränken, stand jedoch schliesslich hiervon ab, so dass nunmehr das gesetzliche Pfandrecht wegen aller dem Absender rücksichtlich des Guts gegebenen Vorschüsse anerkannt ist [2]). Dies wird auch durch Art. 411 bestätigt, in welchem, bei der Bestimmung der Priorität der verschiedenen auf dem Gut ruhenden gesetzlichen Pfandrechte, die durch die Versendung oder durch den Transport des Guts entstandenen, neben dem Pfandrecht des Spediteurs für Vorschüsse (d. h. hier Vorschüsse, welche zur Deckung von Forderungen, die nicht durch Versendung und Transport entstanden sind, dienen) erwähnt werden (s. Bemerkungen zu Art. 411 §. 3).

§. 2. Durch das stillschweigende Pfandrecht des Spediteurs wird den Rechten Dritter am Speditionsgut nicht in weiterem Umfang präjudicirt, als dies durch eine vertragsmässige Verpfändung geschehen würde [3]). Ist der Versender nicht Eigenthümer, so erwirbt der Spediteur nach allgemeinen Grundsätzen nur dann ein Pfandrecht, wenn das Gut ihm mit Willen des Eigenthümers übergeben ist, und nur für diejenigen Forderungen,

1) Es wurde besonders hervorgehoben, dass, anders als bei dem Pfandrecht des Commissionärs und dem Retentionsrecht nach Art. 313, „hier ein Pfandrecht an Sachen in Frage stehe, welche möglicher Weise weder dem Versender noch dem Empfänger eigenthümlich zuständen. Dasselbe könne und dürfe deshalb nicht weiter, als auf die mit der Waare selbst zusammenhängenden Forderungen ausgedehnt werden. Wenn man dem Spediteur das Recht einräume, an den ihm zum bestimmt ausgesprochenen Zwecke der Versendung anvertrauten Waaren für Forderungen aus früheren Speditionsgeschäften oder aus anderen Titeln ein Pfandrecht auszuüben, so verstosse dies gegen Treue und Glauben und könne nur dazu dienen, den deutschen Speditionshandel in Verruf zu bringen." Protok. S. 768.

2) „Bei Waarensendungen von geringem Werthe, bei denen es zu umständlich sei, den Kaufpreis gesondert zu remittiren, komme es sehr oft vor, dass der Spediteur dem Versender den Kaufpreis der Waare vorschiesse und sodann nebst Fracht, Provision und Kosten vom Empfänger wieder einziehe. Dasselbe geschehe unter Anderem dann, wenn der Versender dem Empfänger kein volles Vertrauen schenke und ihm die Waare ohne sofortige Bezahlung des Kaufpreises nicht gern überlasse. Ein solches Verfahren komme ferner sehr häufig in der Weise vor, dass Kaufleute aus der Provinz, wenn sie auf einer Messe Einkäufe gemacht hätten, die eingekauften Waaren einem Spediteur übergäben und auf dieselben Darlehen entnähmen, welche bei Ankunft der Waare an ihrem Bestimmungsort vergütet und einstweilen vom Kaufmann zu weiteren Ankäufen am Messplatz verwendet würden." Protok. S. 769.

3) S. hierüber sowie über das Folgende Bemerkungen zu Art. 374 §. 2.

welche in Ausführung der Versendung entstanden oder für Rechnung des Eigenthümers begründet wurden. Ist jedoch der Versender Kaufmann und hat die Spedition im Betrieb seines Handelsgewerbes abgeschlossen, liegen also die Voraussetzungen des Art. 306 vor, so ist der Spediteur, welcher nicht wusste, noch wissen musste, dass der Versender nicht Eigenthümer des Guts, beziehungsweise dass er nicht befugt sei, dasselbe zur Versendung zu übergeben und die betreffenden Forderungen für Rechnung des Eigenthümers zu contrahiren, als redlicher Pfandnehmer anzusehen. Auf diese Weise kann es kommen, dass der Spediteur, der vom Commissionär ein Gut zur Versendung erhält, ein Pfandrecht erwirbt, welches dem Commissionär nicht zustand, oder dass der Zwischenspediteur Pfandgläubiger wird, ohne dass der erste Spediteur es geworden ist. **Art. 382.**

Versender ist derjenige, welcher dem Spediteur das Gut zur Besorgung der Versendung übergiebt. S. Bemerkungen zu Art. 391 §. 4. Bedient sich der erste Spediteur eines Zwischenspediteurs, so ist er, in Bezug auf den Transport an diesen, Absender, in Bezug auf den weiter von diesem zu besorgenden Transport, Versender. §. 3.

Pfandrecht. Dasselbe wird realisirt, wie das des Commissionärs (Art. 375), Art. 387.

Sofern er dasselbe noch in seinem Gewahrsam hat etc. S. Bemerkungen zu Art. 313 §. 13, Art. 374.

Absatz 2. Gegenüber den übrigen Gläubigern. Darunter sind nicht die früheren Pfandgläubiger zu verstehen. Die Rechte dieser kommen jedoch, wenn die Voraussetzungen des Art. 306 Abs. 2 vorliegen, nicht in Betracht. S. Bemerkungen zu Art. 375. — Ueber das Rangverhältniss der Pfandrechte des Frachtführers, Spediteurs, Commissionärs s. Art. 411. §. 4.

Absatz 3. Der **Zwischenspediteur** [4]) gilt als bevollmächtigt, das Pfandrecht des früheren Spediteurs geltend zu machen. §. 5.

Absatz 4. S. Art. 410 Abs. 2. §. 6.

Vorbemerkung

zu Art. 383. 384. 385.

Das Verhältniss der drei Artikel zu einander ist auf den ersten Blick nicht leicht erkennbar und oft missverstanden worden. Es ist daher angezeigt, die Bestimmungen derselben hier vorerst mit Beziehung auf einander zu behandeln. **Art. 383 bis 385.** §. 1.

[4]) S. Bemerkungen zu Art. 380 §. 4.

Art. 383 bis 385. Das Speditionsgeschäft in seiner begrifflichen Reinheit (Einfachheit) stellt sich so dar. Der Spediteur schliesst mit Dritten in eigenem Namen für Rechnung des Versenders Fracht- bezüglich Speditionsverträge ab [1]) und berechnet dem Versender die verabredete Fracht, die sonstigen Versendungskosten, sowie seine Provision. Er haftet für den Frachtführer, soweit ihm keine culpa in eligendo zur Last fällt, nicht. Das Rechtsverhältniss wird dadurch nicht verändert, dass der Spediteur zugleich einen Frachtvertrag mit dem Versender abgeschlossen hat. Beide Rechtsverhältnisse bestehen neben einander; für die Strecke, für welche der Spediteur den Transport übernommen hat, ist er Frachtführer, für die Strecke, für welche er die Spedition übernommen hat, ist er Spediteur.

§. 2. Das Speditionsverhältniss selbst kann dagegen in mannigfacher Weise Modificationen erfahren. Das Handelsgesetzbuch behandelt in Art. 383 bis 385 folgende Modificationen.

1) Der Spediteur übernimmt den Transport des Speditionsguts selbst.

2) Der Spediteur übernimmt die Haftung für die Erfüllung der Verbindlichkeiten der Zwischenspediteure und Frachtführer.

3) Der Spediteur kommt mit dem Versender überein, dass er demselben statt der erwachsenden Transportkosten eine Aversionalsumme zu berechnen habe.

4) Der Spediteur schliesst ohne Beziehung auf bestimmte Aufträge Frachtverträge mit Dritten ab, und benutzt die ihm dadurch zur Verfügung stehenden Transportmittel zur Ausführung der übernommenen Speditionsaufträge.

§. 3. **Ad 1.** a. Hat eine Person vertragsmässig den Transport von Gütern übernommen, so wird das Rechtsverhältniss, soweit nicht vertragsmässig etwas Anderes bestimmt ist, lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen des Frachtvertrags beurtheilt; es kommen also, wenn die Voraussetzungen dazu vorliegen (Art. 390. 420. 421. 450. 477. 664), die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs Buch IV, Titel V bezüglich Buch V, Titel V zur Anwendung. Ob der Uebernehmer im Uebrigen gewerbemässig Speditionsgeschäfte zu betreiben pflegt, oder über das betreffende Gut vorher einen Speditionsvertrag abgeschlossen hatte, ist gleichgültig. Der frühere Speditionsvertrag ist durch den späteren Frachtvertrag aufgehoben, es findet also namentlich kein Anspruch auf Provision statt.

b. Anders gestaltet sich das Verhältniss, wenn nicht in Folge be-

[1]) Im Folgenden wird nur von Frachtverträgen und der Haftung für den Frachtführer gesprochen. Dasselbe gilt aber immer auch für den Speditionsvertrag und die Haftung für den Zwischenspediteur.

sonderer Uebereinkunft mit dem Versender der Transport übernommen **Art. 383 bis 385.** wird, sondern wenn derjenige, welcher die Spedition eines Guts übernommen hatte, den Transport desselben selbst ausführt. Eine solche einseitige Uebernahme erscheint nicht als widerrechtlich. Sowie dem Einkaufs- und Verkaufscommissionär unter gewissen Voraussetzungen gestattet ist, selbst als Contrahent aufzutreten (Art. 376), so ist dies auch dem Spediteur gestattet, und zwar ohne besondere Voraussetzungen. Der Spediteur ist befugt, in dem Speditionsauftrag, sobald nicht etwas Anderes bestimmt ist, die Offerte eines Frachtvertrags zu erkennen, und durch Acceptation derselben einen Frachtvertrag abzuschliessen. Ebensowenig aber wie im Fall des Eintretens als Verkäufer und Käufer der Commissionär seiner Verpflichtungen aus dem Commissionsvertrag ledig wird und seinen Rechten aus demselben entsagt [2]), hebt das Uebernehmen des Transports durch den Spediteur dessen Rechte und Pflichten aus dem Speditionsvertrag auf [3]). Zugleich hat er die Rechte und Pflichten eines Frachtführers, beziehungsweise des Verfrachters eines Seeschiffs. Er hat daher insbesondere und zwar in dem vollen Umfang, welchen das Gesetz für die Haftpflicht jener Personen aufstellt, für Verlust und Beschädigung des Guts zu haften, und er kann, wenn er sich zur Ausführung des Transports fremder Mittelspersonen (Frachtführer, Spediteure) bedient, den Versender nicht an diese Personen verweisen; ja er kann sich auch nicht auf die verminderte Haftbarkeit, welche diese Personen sich durch die abgeschlossenen Frachtverträge ausbedungen haben, berufen [4]).

Das Handelsgesetzbuch erkennt die Berechtigung des Spediteurs zur Uebernahme des Transports in Art. 385 ausdrücklich an.

Ad. 2. Wenn der Spediteur mit dem Versender einen Del-credere- §. 4. Vertrag abschliesst, so kommen die in Art. 370 Abs. 2, 3 enthaltenen

[2]) Bemerkungen zu Art. 376 §. 2.

[3]) Bemerkungen zu Art. 385 §. 2.

[4]) Er kann es auch dann nicht, wenn er völlig berechtigt gewesen wäre, als Spediteur derartige Frachtverträge mit Dritten abzuschliessen (s. Bemerkungen zu Art. 380 §. 5). Denn der Speditionsauftrag, welchen der Spediteur als Frachtvertragsofferte auffasste, enthielt ja solche Modificationen der gesetzlichen Bestimmungen nicht, diese bilden vielmehr allein die Lex des offerirten Vertrags. Anders, wenn der Versender dem Spediteur in Betreff des Inhalts des abzuschliessenden Frachtvertrags besondere Aufträge gegeben, z. B. angeordnet hatte, dass über die Haftung des Frachtführers bestimmte (seine gesetzliche Haftung vermindernde oder sonst modificirende) Verabredungen geschlossen würden. In diesem Fall gilt diese Verabredung als in den durch die Uebernahme des Transports durch den Spediteur zwischen diesem und dem Versender abgeschlossenen Frachtvertrag aufgenommen. Dasselbe gilt umgekehrt auch von den Anweisungen des Versenders, in den abzuschliessenden Frachtverträgen dem Frachtführer besondere Verpflichtungen aufzulegen.

Art. 383 bis 385. Bestimmungen zur Anwendung (Art. 387). Der Spediteur ist also zu einer Del-credere-Provision berechtigt und haftet für Frachtführer und Zwischenspediteure unmittelbar und persönlich, soweit diese aus den mit ihnen abgeschlossenen Verträgen zu haften haben [5]). Ist durch die mit diesen abgeschlossenen Verträge ihre Haftung gemindert, so haftet der Spediteur auch nur, soweit sie selbst zu haften haben. Hatte er bei Abschluss solcher Verträge, dem Interesse des Versenders zuwider, zu günstige Bedingungen eingeräumt, so haftet er aus diesem Verschulden [6]). Der Abschluss des Del-credere-Vertrags hat im Uebrigen auf das Rechtsverhältniss zu dem Versender keinen Einfluss. Ueber die Modification durch die Verabredung Nr. 3 s. u.

Das Handelsgesetzbuch enthält über den Abschluss des Del-credere-Vertrags bei der Spedition im Allgemeinen keine ausdrücklichen Bestimmungen, erkennt denselben aber im Art. 384 implicite an.

§. 5. **Ad 3.** Die Verabredung einer Aversionalsumme kann einfach die Bedeutung haben, dass der Spediteur dem Versender gegenüber die Garantie übernimmt, die Summe der Transportkosten werde sich nicht höher belaufen, dass er dafür aber auch dasjenige, um was diese Summe die Transportkosten übersteigt, dem Versender nicht zu berechnen braucht [7]). Es kann durch diese Verabredung aber auch eine Selbstbetheiligung des Spediteurs beim Transport bezweckt sein, entweder so dass er denselben übernehmen (Nr. 1. a.) oder so, dass er für Frachtführer und Zwischenspediteure einstehen soll (Nr. 2).

5) Vergl. Bemerkungen zu Art. 370 §. 4.

6) Bemerkungen zu Art. 380 §. 5.

7) Oft ist es lediglich das Interesse des Versenders, genau zu wissen, wie hoch die gesammten Transportkosten sich belaufen, welches zum Abschluss eines derartigen Vertrags bestimmt. Man denke sich folgenden Gang der Verhandlung. Der Spediteur stellt dem Versender einen Ueberschlag der Transportkosten auf, bemerkt aber, dass der wirkliche Betrag sich möglicher Weise auf mehr oder auf weniger belaufen werde. Der Versender erklärt, er wolle die angegebene oder eine etwas höhere Summe jedenfalls bezahlen, wenn der Spediteur dafür die Garantie übernehme, dass er nicht mehr zu zahlen haben werde. Der Spediteur acceptirt. In diesem Fall ist es evident, dass, wenn vorher ein reiner Speditionsvertrag beabsichtigt oder abgeschlossen war, derselbe durch diese Verabredung keine über deren Inhalt hinausgehende Modification erfahren sollte.

Vergleiche die Motivirung des von Lübeck gestellten Monitum Nr. 420. „Zur Vereinfachung und Erleichterung des Verkehrs werden in neuerer Zeit gar häufig die Kosten des verschiedene Vermittelungen erfordernden Transports nach entlegenen Orten in einem Satz zusammengestellt, ohne dass der Spediteur grössere Verbindlichkeiten und namentlich die Haftbarkeit für die richtige Ablieferung hätte übernehmen wollen. Die Zusammenziehung der Transportkosten bezweckt eben nur dem Disponenten der Waare die Calculation zu erleichtern, ihn namentlich zur Auswahl des am meisten zusagenden Weges zu befähigen; hierin liegt offenbar eine Erleichterung des Verkehrs, und diese sollte man nicht erschweren oder gar unmöglich machen."

Das Gesetz stellt in Art. 384 die Präsumtion auf, dass durch das betreffende Uebereinkommen der Spediteur eine weitergehende Haftung, als ihm nach dem Speditionsvertrag obliegt, übernimmt [8]), und zwar die unter Nr. 2 behandelte [9]). **Art. 383 bis 385.**

Welche Kosten die Parteien unter den in dem verabredeten Satz enthaltenen Transportkosten verstanden haben, insbesondere ob die Provision darunter begriffen sein soll, ist quaestio facti.

Art. 384 stellt die Präsumtion auf, dass die Provision mit inbegriffen worden sei.

Ad 4. Der Spediteur, welcher voraussehen kann, dass ihm zu einer gewissen Zeit von seinen Geschäftsfreunden viele Aufträge zukommen werden, versichert sich im Voraus zu passender Zeit geeigneter Transportgelegenheiten, sei es, dass er für eine bestimmte Reise ganze Frachtwagen, Eisenbahnwagen, Eisenbahnzüge, Schiffe miethet, sei es, dass er mit einem Frachtführer oder Rheder über den Transport einer gewissen Masse von Gütern übereinkommt [10]). Ferner erscheint es dem Spediteur, welcher eine Anzahl kleinerer Partien Güter zur Spedition nach einem bestimmten Ort bekommen hat, oft zweckmässiger, statt über den Transport derselben einzelne Frachtverträge abzuschliessen, ein ganzes Schiff oder einen Theil eines solchen zu chartern und so die Versendung zu bewirken. §. 6.

Der Spediteur schliesst in diesen Fällen die Frachtverträge, wenngleich mit Rücksicht auf erwartete oder erhaltene Speditionsaufträge, doch (zunächst wenigstens) für eigene Rechnung ab. Er kann nun dem Versender gegenüber verschiedene Wege einschlagen. Er kann

a. den ihm zur Besorgung aufgetragenen Transport selbst überneh-

[8]) Ein innerer Grund ist für diese Präsumtion nicht aufzufinden, wohl aber äussere. In den Verhandlungen wird darauf Gewicht gelegt: „der Spediteur, welcher über einen bestimmten Satz übereinkomme, habe ein Interesse dabei, die Fracht nebst Zwischenspesen so niedrig als möglich zu bedingen; wenn man ihm nun hierbei die Haftbarkeit nicht auflege, so werde ihm die Möglichkeit gegeben, mit den wohlfeilsten Mittelspersonen zugleich auch die minder Zuverlässigen auszuwählen.“ (Protok. S. 777, 1225.) Ein fernerer Grund ist der, dass an Orten, an welchen die Uebereinkunft über feste Sätze häufig vorkommt, der Spediteur zugleich die Haftung für die Zwischenpersonen zu übernehmen pflegt.

[9]) S. darüber Bemerkungen zu Art. 384.

[10]) Auch pacta de contrahendo allein oder in Verbindung mit Frachtverträgen können in dieser Richtung abgeschlossen werden; z. B. ich schliesse ab über den Transport von 1000 Centner Ende Juli zu 1 Thlr. pr. Centner, und behalte mir zugleich vor, noch weitere Güter bis zu 1000 Centner um die nämliche oder eine etwas höhere Fracht verladen zu dürfen; oder ich bedinge mir gegen Zahlung einer gewissen Summe das Recht aus, Ende Juli bis zu 1000 Centner für eine Fracht von 1 Thlr. pr. Centner verladen zu dürfen. Der letzteren Vereinbarung wird man wohl den Abschluss des Frachtvertrags selbst mit Stipulirung des Rücktritts gegen Reugeld vorziehen.

Art. 383 bis 385. men. In diesem Fall kommen die hierfür geltenden Grundsätze einfach zur Anwendung, s. o. ad 1, §. 3. Er kann aber auch

b. den für eigene Rechnung abgeschlossenen Vertrag nachträglich als für Rechnung des Versenders abgeschlossen gelten lassen. Er liefert diesem gleichsam das ganze Vertragsverhältniss seiner materiellen Wirkung nach (denn er bleibt ja immer Rechtssubject der betreffenden Obligation) von seinem eigenen Lager [11]). In diesem Falle ist das Verhältniss gerade so, als hätte der Spediteur den Vertrag in seinem ganzen Umfange oder, soweit er sich auf das betreffende Gut bezieht, von Anfang an für Rechnung des Versenders abgeschlossen. Er hat mithin dem Versender die Fracht in demselben Betrage, welchen er selbst verabredet hatte, beziehungsweise einen verhältnissmässigen Theil derselben zu berechnen und hat daneben noch Anspruch auf Provision und Erstattung der regelmässig vorkommenden Unkosten. Er kann aber auch

c. den Frachtvertrag in seiner Totalität fortwährend als für eigene Rechnung abgeschlossen ansehen, und nur die Rechte, welche er aus dem Vertrag erworben hat, materiell übertragen. Der Spediteur liefert dann gleichsam diese Rechte allein vom eigenen Lager [12]) und ist berechtigt, dafür eine Gegenleistung zu beanspruchen, welche nach Analogie des Art. 376 in der gewöhnlichen Fracht besteht. Daneben kann er ebenfalls die Provision und die regelmässig vorkommenden Unkosten berechnen.

In den beiden Fällen b. und c. steht der Spediteur an sich nicht del credere, ausser wenn die Parteien die Verabredung unter 3. getroffen und dabei nichts anderes vereinbart haben. Ist eine solche Verabredung getroffen, so spricht natürlich auch im vorliegenden Falle die Präsumtion dafür, dass die Provision neben dem verabredeten Gesammtbetrage nicht gefordert werden darf.

Das Gesetzbuch behandelt in Art. 383 lediglich den Fall unter c.

Art. 383.

Art. 383. Der Spediteur, welcher die Versendung durch Frachtführer oder Schiffer, jedoch mittelst von ihm für eigene Rechnung gemie-

[11]) Es bedarf kaum der Verwahrung dagegen, als sollte mit diesen Worten ein juristischer Begriff ausgesprochen sein. Juristisch betrachtet ist es, wie im Text bemerkt, absolut indifferent, ob der Vertrag zunächst für eigene, oder ob er von Anfang an für fremde Rechnung geschlossen war.

[12]) Auch dies ist natürlich kein juristischer Begriff. Die Construction kann vielleicht auf den ersten Blick künstlich erscheinen, bei einer näheren Betrachtung ergiebt sie sich aber gewiss als eine ganz natürliche, den thatsächlichen Verhältnissen, beziehungsweise den Intentionen der Parteien völlig entsprechende.

theter Transportmittel besorgt, kann die gewöhnliche Fracht nebst der Provision und den sonstigen Kosten berechnen. **Art. 383.**

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung Art. 325. — Entwurf II. Lesung Art. 360.
Protok. S. 774 f. 780. — 1219 f.

S. Vorbemerkung zu Art. 383 bis 385 §. 6. §. 1.

Bei der ersten Lesung wurde die Voraussetzung dieses Artikels als ein Fall der Uebernahme des Transports behandelt. In zweiter Lesung wurde dagegen mit Recht bemerkt: „Der Absatz 3 des Art. 325 (des Entwurfs erster Lesung) habe zwei innerlich verschiedene Fälle zum Gegenstande, die auch im Gesetze von einander getrennt gehalten werden müssten; nämlich den Fall, in welchem der Spediteur seiner eigenen Transportmittel sich bediene, und den, in welchem er von gemietheten Transportmitteln Gebrauch mache, die er vielleicht gerade deswegen gemiethet habe, um in Aussicht stehende Speditionsaufträge ausführen zu können. Im ersten Falle sei er mit Recht als Frachtführer in allen Beziehungen, namentlich auch bezüglich der Haftungspflicht für seine Leute, des Beweises höherer Gewalt u. dgl. zu behandeln, in dem zweiten Falle nicht, jedoch sei hier ohne Zweifel dieselbe Berechnungsart der Forderungen des Spediteurs wie im ersten Falle angemessen." (Protok. S. 1219.) In diesem Sinne wurden statt jener Bestimmung beide Artikel 383. 385 aufgenommen.

Der im Artikel behandelte Fall ist nicht der, dass der Spediteur Transportmittel (Wagen, Schiffe) miethet (locatio conductio rei) und mit denselben den Transport selbst ausführt, sondern der, dass der Spediteur wirkliche Frachtverträge (locatio conductio operis) mit Dritten abschliesst, dass aber diese nicht auf den Transport bestimmter Güter gerichtet sind, sondern auf den Transport desjenigen Quantums von Gütern, welches vermittelst der betreffenden Transportmittel ordnungsmässig transportirt werden kann. Dass dies der Sinn des Artikels ist, geht deutlich aus den Worten, **durch Frachtführer oder Schiffer** hervor. §. 2.

Die Bestimmung des Artikels findet auch Anwendung, wenn der Spediteur sonstige Frachtverträge (zunächst) für eigene Rechnung abgeschlossen hat.

Kann. Der Artikel geht davon aus, dass die Fracht, um welche der Spediteur für eigene Rechnung mit dem Frachtführer abgeschlossen hatte, oder der die fraglichen Güter treffende Theil dieser Fracht ge- §. 3.

Art. 383. ringer ist, als die „gewöhnliche Fracht", und spricht daher nur von der Befugniss des Spediteurs, die gewöhnliche Fracht zu berechnen. Es kann aber auch der umgekehrte Fall eintreten, dass jene Fracht sich höher als diese beläuft. In diesem Fall folgt es aus der allgemeinen Pflicht des Spediteurs, im Interesse des Versenders zu handeln, dass er diejenige niedrigere Fracht berechnet, um welche zur Zeit mit Dritten Frachtverträge abgeschlossen werden konnten, dass er also die gewöhnliche Fracht berechnen muss [1]).

Sonstige Kosten sind die wirklich erwachsenen Kosten, also z. B. auch die bei der Miethe der Transportmittel gezahlte Courtage.

Art. 384.

Art. 384. Wenn ein Spediteur mit dem Absender oder Empfänger über bestimmte Sätze der Transportkosten sich geeinigt hat, so haftet er, in Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung, für die von ihm angenommenen Zwischenspediteure und Frachtführer. Er ist in diesem Falle zur Provision nur dann berechtigt, wenn vereinbart ist, dass eine solche neben den bestimmten Sätzen der Transportkosten gefordert werden könne.

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung Art. 329. — Entwurf II. Lesung Art. 361.

Protok. S. 766 bis 768. 775 bis 780. — 1222 bis 1226. — 4628. 5053 bis 5055. — Monitum 420. 421.

§. 1. Der Artikel legt der Uebereinkunft des Versenders mit dem Spediteur über bestimmte Sätze der Transportkosten eine über den Wortlaut der Verabredung hinausgehende rechtliche Wirkung bei. Die Haftpflicht des Spediteurs wird über die Grenze der nach Art. 380 dem Spediteur obliegenden erweitert. Er soll nicht nur für die sorgfältige Wahl der Frachtführer, Schiffer, Zwischenspediteure einstehen, sondern er soll für diese selbst haften.

§. 2. Soweit ist die Bestimmung völlig deutlich, weniger aber ist dies der Fall in Betreff des Umfangs dieser Haftung. Ist dem Spediteur die Verpflichtung für die Ausführung des Transports auferlegt, oder soll er

1) S. Bemerkungen zu Art. 376 §. 4.

nur für die Erfüllung der dem Frachtführer [1]) in concreto obliegenden Verpflichtungen einstehen? Der Unterschied, ohne alle praktische Bedeutung, wenn über die Haftung des Frachtführers keine besondere Vereinbarung getroffen ist, folglich die gesetzliche Haftpflicht eintritt, wird von der grössten Wichtigkeit für den Fall, dass durch den zwischen Spediteur und Frachtführer abgeschlossenen Vertrag die gesetzliche Verpflichtung des letzteren modificirt ist. **Art. 384.**

Da der Spediteur die Frachtverträge selbst abzuschliessen hat, so kann er freilich dann, wenn er unbefugter Weise mit dem Frachtführer eine geringere Verpflichtung desselben verabredet hat, aus diesem Grund dem Versender verhaftet sein, und für diesen Fall ist es allerdings völlig gleichgültig, wie man seine Haftung für den Frachtführer auffasst. Allein nicht nur handelt der Spediteur, welcher die gesetzliche Verpflichtung des Frachtführers vertragsmässig modificirt, unter Umständen nicht widerrechtlich, sondern heut zu Tage ist der Spediteur in den bei weitem meisten Fällen zur Eingehung derartiger Frachtverträge durch die Verhältnisse sogar gezwungen [2]); der Unterschied zwischen Haftung für Ausführung des Transports und Del-credere-Stehen ist daher von der grössten Bedeutung und es ist nicht von theoretischem, sondern auch von praktischem Interesse, den wahren Sinn des Artikels zu untersuchen. §. 3.

I. **Entstehungsgeschichte des Artikels.** Bei der Berathung des Art. 302 des preussischen Entwurfs wurde bemerkt: „das im ersten Satz des zweiten Absatzes [3]) enthaltene Verbot müsse unter Umständen Ausnahmen erleiden. Es komme nämlich oft vor, dass ein Spediteur mit dem Destinatär im Voraus einen festen Satz für die demselben zu berechnende Fracht vereinbare. Dies komme namentlich bei den rheinischen Spediteuren sehr häufig vor, und werde insbesondere von den Kaufleuten der Schweiz gern hierauf eingegangen, damit sie bei ihren Calculationen eine bestimmte Grundlage hätten und der Unbequemlichkeit überhoben wären, für verschiedene Strecken des Waarentransports verschiedene Frachtansätze in Berechnung ziehen zu müssen. Mit Rücksicht auf ein solches Verfahren sei es bei den Spediteuren nicht selten üblich, sofort bei ihren Dienstanerbietungen die Tarife anzugeben, nach denen sie für die einzelnen Waaren die Frachten zu berechnen pflegten. Der Spediteur habe dann das Risico; bald werde er mehr, bald weniger an den §. 4.

[1]) Im Folgenden wird der Vereinfachung wegen nur von der Haftung für Frachtführer gesprochen. Das Nämliche gilt natürlich auch von der Haftung für den Schiffer und für den Zwischenspediteur.

[2]) Bemerkungen zu Art. 380 §. 5.

[3]) Dieser Satz entspricht dem Art. 381 Abs. 2 des Gesetzbuchs.

Art. 384. Fuhrmann bezahlen müssen, und wenn er schliesslich nach Berechnung der Frachten auf der ganzen Strecke des Transports einen Gewinn gemacht habe, so falle ihm dieser allerdings zu. Es könne sich nun freilich fragen, ob ein solcher Spediteur noch in dem von der Versammlung angenommenen Sinne Spediteur genannt werden könne, oder ob er gleich dem Entrepreneur de roulage als Frachtführer anzusehen, ob demnach seiner nicht erst in der Lehre vom Frachtvertrag Erwähnung zu thun sei. Indessen scheine das Letztere nicht angemessen und mit Rücksicht auf den Art. 326 nicht einmal der Auffassung des Entwurfs zu entsprechen, denn ein solcher Spediteur sei allerdings ein Kaufmann, gleichviel ob er einen bestimmt vereinbarten Satz berechne oder nicht, er sei keineswegs ein Frachtunternehmer, denn er schliesse mit dem Fuhrmanne immer noch für fremde Rechnung ab; er übernehme keine andere Haftung für den Frachtführer als jeder andere Spediteur und unterscheide sich gerade hierdurch von dem erwähnten Entrepreneur. Der Fuhrmann habe in solchen Fällen die Fracht vom Empfänger zu beziehen und nur das Fehlende vom Spediteur zu erhalten, das Zuvielerhaltene diesem herauszugeben. Es müsse deshalb in einem Zusatze zum ersten Satze des zweiten Absatzes gesagt werden:

„„es sei denn, dass er im Voraus über einen bestimmten Satz der Transportkosten mit dem Absender oder Destinatär übereingekommen wäre."" (Protok. S. 766 f.)

Später wurde noch bemerkt, „dass die Speditionsgeschäfte in der Art und Weise, wie sie in diesem Zusatz erwähnt werden, sehr häufig ausgeführt würden, ja bei weitem der grösste Theil der Waaren werde jetzt auf diese Art spedirt; namentlich in den Beziehungen mit England durch Spediteure in Rotterdam, Köln etc., mit Triest etc.; ein solcher Spediteur sei aber nach der allgemeinen Auffassung des Handelsstandes allerdings als Spediteur zu betrachten, und es erscheine auch unthunlich, von einer solchen Auffassung abzugehen, weil dann, wenn er nicht nach den gesetzlichen Vorschriften über das Speditionsgeschäft beurtheilt würde, den Spediteur kein Gesetz zur Versicherung der ihm anvertrauten Waaren verpflichten, kein Gesetz ihn zur Berechnung von Zinsen auf seine Auslagen berechtigen würde etc." (Prot. S. 775 f.)

In der Debatte machten sich nun vier verschiedene Auffassungen des Rechtsverhältnisses, welches in Folge des Uebereinkommens über einen bestimmten Satz der Transportkosten zwischen Versender und Spediteur entstehe, geltend:

a. Die Uebereinkunft sei ein einfacher Nebenvertrag, dass der Frachtbetrag in einer bestimmten Höhe in Rechnung zu stellen sei, welcher das

sonstige Rechtsverhältniss zwischen Versender und Spediteur nicht berühre; **Art. 384.**

b. es liege darin zugleich ein Del-credere-Stehen für Zwischenspediteure und Frachtführer;

c. es werde dadurch ein Frachtvertrag abgeschlossen;

d. das Geschäft bewege sich zwischen der Spedition und dem Frachtgeschäft, sei bald dem einen, bald dem andern mehr ähnlich, lasse sich daher nicht durch eine allgemeine Regel bestimmen.

Auf Grund der letzten Auffassung wurde auszusprechen beschlossen, es werde der Beurtheilung des Richters überlassen, ob auf ein Geschäft der fraglichen Art die Grundsätze über Spedition oder die über das Frachtgeschäft anwendbar seien. Doch solle die Präsumtion beigefügt werden, dass „ein solcher Uebernehmer im Zweifel für Zwischenspediteure und Frachtführer hafte[4])". (Protok., S. 766 bis 768. 775 bis 780.)

In zweiter Lesung wurde bemerkt: „Die Versammlung habe allerdings aussprechen wollen, dass der Spediteur durch Vereinbarung eines bestimmten Satzes der Transportkosten allein seine Eigenschaft als Spediteur noch keineswegs verliere, aber sie habe hauptsächlich die weiteren allerdings sehr praktischen Sätze im Auge gehabt, dass der Spediteur, wenn er einen festen Satz vereinbart habe, für die Zwischenspediteure und Frachtführer haften müsse, und dass in dem festen Satze, abgesehen von den besonderen Verabredungen, auch Provision, Platzspesen etc. inbegriffen seien. Diese Haftung müsse auch allerdings eintreten, weil der Spediteur sonst durch sein Bestreben, den Transport möglichst wohlfeil ausgeführt zu erhalten, minder umsichtig in der Wahl der Personen sein werde, und den Versender beschädigen könne. Die Einfachheit der Berechnung aber sei erforderlich, weil sonst der Zweck nicht erreicht werde, welchen der Versender oft erreichen wolle, dass er nämlich ganz sichere Grundlagen für seine Calculationen habe. Die Haftung in Frage mache den Spediteur aber noch keineswegs zum Frachtführer, denn er hafte nur für die einmal erwählten Frachtführer und Transportmittel, aber keineswegs auch dafür, dass er solche finde, dass also der Transport unter allen Umständen ausgeführt werde; es handle sich mit anderen Worten nur darum, auszusprechen, dass der Spediteur del credere stehe, wenn er sich einen festen Transportpreis bedinge. Von dieser Seite wurde deshalb folgende Bestimmung vorgeschlagen: „„Hat sich ein Spediteur mit seinem Committenten über bestimmte Sätze der Transportkosten geeinigt, §. 5.

4) Im Entwurf erster Lesung findet sich der erstere Satz in Art. 329 formulirt. Die Präsumtion aber erklärte die Redactionscommission in Note *) für unvereinbar mit dem aufgestellten Grundsatz und beantragte daher ihre Weglassung.

Art. 384. so ist in Ermangelung einer entgegenstehenden Verabredung anzunehmen, dass der Spediteur die Haftung für die (von ihm erwählten) Zwischenspediteure und Frachtführer übernommen hat."" (Protok. S. 1223 f.)

Der in der vorausgegangenen Motivirung ausgesprochenen Ansicht über die Tragweite der beantragten „Haftung für die Zwischenspediteure und Frachtführer" wurde in keiner Weise widersprochen, so dass man annehmen kann, dass von dem für den Antrag Stimmenden diese Ansicht getheilt wurde [5]).

§. 6. In dritter Lesung wurde bei Verwerfung des im Monitum 420 gestellten Antrags, die Haftung des Spediteurs nur, wenn er „die Lieferung der Güter übernommen habe", eintreten zu lassen, eventuell den Artikel zu streichen, ausdrücklich und ohne Widerspruch bemerkt: „der Spediteur im Sinne des Art. 361 werde nicht Frachtführer, sondern bleibe Spediteur, nur dass er das Del-credere für die Frachtführer übernehme, und dass es seine Sache sei, wie immer die nöthigen Frachtführer aufzutreiben. Dieses Verhältniss werde in Art. 361 mit Recht nicht dann erst als vorhanden angenommen, wenn die Uebereinkunft der Parteien ausdrücklich darauf gerichtet sei, dasselbe einzugehen, sondern dann schon, wenn sich Spediteur und Absender mit einander dahin einigten, dass der Erstere die Spedition des Guts um diese oder jene festbestimmte Summe übernehmen solle; denn auch im zweiten Fall entspreche die Annahme des fraglichen Verhältnisses der Natur der Sache, weil der Spediteur sonst zum Schaden des Absenders der wohlfeilsten und darum zugleich unzuverlässigsten Frachtführer sich bedienen könne." (Protok. S. 5052.)

§. 7. Ein weiteres Argument dafür, dass innerhalb der Conferenz die Haftung des Spediteurs in unserm Fall nur als ein Del-credere-Stehen angesehen wurde, ergiebt sich aus den Verhandlungen über den dritten Absatz des Art. 324 des Entwurfs erster, beziehungsweise Art. 357 des Entwurfs zweiter Lesung [6]), welcher eine Interpretation der Verabredung, „dass

[5]) Dass insbesondere der erste Präsident der Versammlung, durch dessen Stimme bei vorhandener Stimmengleichheit der Antrag angenommen wurde, dieser Ansicht war, ergiebt sich aus der Begründung seiner Abstimmung. Nicht nur wird in derselben bemerkt, „damit der Spediteur im fraglichen Fall durch Auswahl minder zuverlässiger Frachtführer den Absender nicht beschädige, sei es billig, ihm eine strengere Haftung aufzulegen" (dieses Argument führt zum Del-credere-Stehen, nicht aber zu einer weiteren Haftung, als die der Frachtführer selbst ist), sondern es findet sich im weiteren Verlauf ausgesprochen, „der Spediteur behalte auch bei Abschluss der fraglichen Uebereinkunft immer noch die Eigenschaft eines solchen."

[6]) „Ist verabredet worden, dass der Spediteur auch für den Zwischenspediteur, Frachtführer oder (See-) Schiffer haften solle, so beschränkt sich diese Haftung, wenn er sich der Post, der Eisenbahnen oder Dampfschiffe zu bedienen hat, auf den Umfang, in welchem diese Transportanstalten selbst (nach ihren Reglements) haften." — Abs. 3 des Art. 300 des preussischen Entwurfs, welcher ähnlich lautet, hat insofern eine andere Bedeutung, als nach dem ersten Absatz dieses Artikels

der Spediteur für Frachtführer etc. haften solle," enthält. Allerdings war in beiden Entwürfen nur soviel ausgesprochen, dass diese Haftung, wenn der Spediteur sich gewisser Transportanstalten zu bedienen habe, sich auf den Umfang, in welchem diese Anstalten selbst haften, beschränke. Allein schon in den ersten Lesungen wurde wiederholt der Satz als ein selbstverständlicher nicht auf den besonders hervorgehobenen Fall zu beschränkender bezeichnet, und in dritter Lesung wurde zunächst durch Annahme des Monitum 414 a. die Beschränkung des Satzes auf den Fall der Benutzung gewisser Transportanstalten aufgehoben, so dass also die Verabredung der Haftung des Spediteurs für den Frachtführer allgemein als Uebernahme des Del-credere in ausdrücklichem Gegensatz zu einer weiteren Haftung erklärt wurde. Dass die Bestimmung hierauf gänzlich beseitigt wurde, nimmt dem gefassten Beschluss seine Bedeutung nicht, sondern lässt höchstens darauf schliessen, dass man denselben für selbstverständlich hielt. **Art. 384.**

Gad[7]) ist der Ansicht, dass durch die Annahme des Hamburger Antrags (Monitum 421), wonach die frühere Bestimmung, dass wenn ein Aversionalbetrag der Transportkosten verabredet sei, im Zweifel Provision besonders berechnet werden dürfe, in das Gegentheil umgewandelt wurde (Protok. S. 5055), „das Geschäft auf den so einfachen wie natürlichen Gesichtspunkt der Transportverdingung zurückgeführt worden sei." Allerdings ist in der Motivirung des Monitum 421 bemerkt, „dass der Spediteur durch die Verhaftung für die Mittelspersonen als wirklicher Uebernehmer des Transports und nicht als Garant nur für die Höhe der Transportsätze erscheine." Allein einmal deutet der in der Motivirung enthaltene Gegensatz darauf hin, dass man sich den Unterschied zwischen Del-credere-Stehen und Uebernehmen des Transports vielleicht nicht ganz deutlich gemacht hatte, ferner ist es keineswegs ersichtlich, dass die Versammlung bei Annahme des Antrags von den angeführten Motiven ausgegangen ist (aus der Vergleichung der unmittelbar vorhergehenden Verhandlungen ergiebt sich vielmehr das Gegentheil), endlich aber und hauptsächlich hat die Frage, ob die Provision berechnet werden könne, gar nichts mit der Frage nach der Haftung des Spediteurs zu thun. Es ist vielmehr quaestio facti, ob die Parteien unter dem Aversionalsatz die Provision mitbegriffen haben oder nicht. Diese Frage taucht auch auf sowohl dann, wenn es in Folge der Verabredung evident ist, dass die §. 8.

der Spediteur schon kraft Gesetzes für den Frachtführer haftet. — Die Verhandlungen über diese Bestimmung finden sich in den Protokollen S. 754. 761 bis 765. 857. — 1218 f. — 4626 bis 4628. Vergl. Monitum 413. 414. 414 a.

[7]) Handbuch des allg. deutschen Handelsrechts §. 138.

Art. 384. Einigung über bestimmte Sätze lediglich in der Absicht erfolgt ist, dem Versender die Calculation zu erleichtern, und vereinbart ist, dass der Spediteur nur als solcher haften solle, als auch in dem Fall, wenn der Spediteur den Transport selbst ausführt. Die Präsumtion, welche das Gesetz hinsichtlich der Einrechnung der Provision aufstellt, schliesst sich also unmittelbar an die Voraussetzung an, welche der Artikel in seinen ersten Worten aufstellt, ohne Rücksicht auf die rechtliche Wirkung dieser Verabredung auf die Haftung des Spediteurs. „In diesem Fall" heisst nicht: „wenn feste Sätze verabredet sind und in Ermangelung entgegenstehender Verabredung der Spediteur für den Frachtführer haftet," sondern nur: „wenn feste Sätze verabredet sind." Aus dem zweiten Satz des Absatz 1 kann mithin kein Argument für die Interpretation des ersten Satzes entnommen werden. Wie wenig die Frage, ob Provision besonders berechnet werden dürfe, mit der Haftung des Spediteurs zusammenhängt, ergiebt sich auch daraus, dass dem Spediteur, der den Transport der Güter selbst ausführt, in Art. 385 die Befugniss zur Berechnung der Provision ausdrücklich zuerkannt wird.

§. 9. II. Betrachtet man den Artikel in seiner **vorliegenden Fassung**, so ergiebt sich, dass das, was nach der Absicht der Conferenz in demselben hat ausgesprochen werden sollen, auch wirklich in demselben enthalten ist. Die Bestimmung stellt sich als ein Interpretationssatz dar. Das Gesetz hat das, was unter der angegebenen Voraussetzung als der vernünftige Wille der Parteien anzunehmen ist, aussprechen wollen. Dieser Wille ist also zu eruiren.

Voraussetzung ist: es ist ein Speditionsvertrag abgeschlossen worden, dabei ist aber ein bestimmter Satz der Transportkosten verabredet worden. Diese letztere Verabredung kann möglicher Weise lediglich in der Absicht getroffen worden sein, damit der Versender Sicherheit über den Betrag dieser Kosten erhält. Es kann aber auch die Absicht vorhanden gewesen sein, dass der Versender nur mit dem Spediteur zu thun habe, dass er sich nicht an andere Personen mit seinen etwaigen Ansprüchen verweisen lassen und das Risico abwenden will, dieselben auf eigene Kosten zu verfolgen.

Im ersten Fall kann das (in den Verhandlungen wiederholt geltend gemachte) Bedenken vorliegen, dass der Spediteur um einen möglichst grossen Theil des verabredeten Betrags für sich zu gewinnen, bei der Auswahl der Frachtführer minder vorsichtig verfahren möge, ohne dass doch der Versender im Stande sein dürfte, ihn einer culpa zu überführen. Soll nun gegen eine derartige Benachtheiligung der Versender dadurch, dass dem Spediteur eine weitere Haftpflicht auferlegt wird, geschützt

werden, so wird dieser Zweck durch die Verpflichtung des Spediteurs Art.
zum Del-credere-Stehen völlig erreicht. Eine weitergehende Haftung 384.
wäre in keiner Weise motivirt.

Ganz dasselbe gilt aber auch für den zweiten Fall. Steht der Spediteur del credere, so kann der Versender, wenn der Frachtführer die ihm obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt, sich einfach an den Spediteur halten, ohne von diesem an eine andere Person verwiesen werden zu können und ohne genöthigt zu sein, Kosten zur Verfolgung seiner Ansprüche aufzuwenden.

Hatte der Spediteur im Frachtvertrag die Haftung der Frachtführer unbefugt beschränkt, so haftet er wegen dieser Vertragswidrigkeit als Spediteur nach Art. 380.

Aber nicht nur darum erscheint die geringere Haftung des Spediteurs §. 10.
in beiden Fällen dem vernünftigen Willen der Contrahenten, speciell des Versenders entsprechend, weil sie zur Erreichung seiner Zwecke genügt, sondern auch aus dem Grund, weil die Uebernahme einer weitergehenden Haftung zu einer Verletzung seiner eigenen Interessen führen kann.

Muss nämlich der Spediteur eine weitergehende Haftung übernehmen, als der Frachtführer, mit welchem er contrahirt, in concreto übernimmt, so thut er dies natürlich nur gegen ein Aequivalent für die übernommene Gefahr — gegen eine Prämie. Im einzelnen Fall kann der Versender die dadurch hervorgebrachte Erhöhung der Versendungskosten sich gefallen lassen, aber als der allgemeine Verkehrswille kann dies sicherlich nicht angesehen werden [8]), und zwar um so weniger, als der Versender durch

[8]) Bei den Verhandlungen wurde einmal von einer Seite die Behauptung aufgestellt: „wenn der Spediteur die Haftung für die Mittelspersonen, obgleich er hierzu gar nicht verbunden sei, ausnahmsweise im Vertrage übernommen habe, so lasse sich nicht absehen, warum man auch dann noch seine Haftbarkeit beschränken wolle. Ein solcher Vertrag müsse ja, wenn er nicht seine hauptsächlichste praktische Bedeutung verlieren solle, gerade das enthalten, dass der Spediteur sich dafür verpflichte, wofür die Mittelspersonen an sich nicht hafteten; gerade hierin werde in den meisten Fällen die Absicht der Contrahenten bei Eingehung eines solchen besonderen Vertrags zu suchen sein." (Protokolle S. 761.) Diese Auffassung ist sicherlich eine irrige selbst dann, wenn die Haftung mit ausdrücklichen Worten übernommen ist. Die Absicht des Versenders wird auch in diesem Fall regelmässig nur die sein, eine einzige bestimmte und bekannte Person sich gegenüber zu haben, an welche er sich halten kann. Ganz besonders aber wird diese Absicht dann hervortreten, wenn bei dem Transport, beziehungsweise bei Besorgung desselben eine Anzahl verschiedener Personen mitzuwirken hat, und gerade dieser Fall ist es, in welchem die Verabredung einer Aversionalsumme üblich ist. Den Umstand, dass Eisenbahnen, Dampfschiffe, Seeschiffverfrachter etc. nur eine geringere als die gesetzliche Haftung zu übernehmen pflegen, berücksichtigt der Versender entweder nicht, oder wenn er es thut und wenn er sich gegen die hieraus zu befürchtenden Nachtheile sichern will, so bedingt er dies ausdrücklich oder er nimmt Versicherung, welches letztere ja ohnedies, wie oben bemerkt, auch dann, wenn der Spediteur die volle gesetzliche Haftung des Frachtführers übernimmt, zur Erreichung vollständiger Sicherheit erforderlich ist.

Art. 384. die Zahlung dieser Versicherungsprämie doch nicht Sicherung gegen alle Transportgefahren erworben hat, sondern immer noch die von dem Frachtführer gemäss seiner gesetzlichen Haftung nicht zu vertretende Gefahr selbst zu tragen, beziehungsweise gegen diese sich durch eine besondere Assecuranz zu sichern hat.

§. 11. Dem, was nach dem Vorstehenden als der vernünftige Verkehrswille anzusehen ist, entspricht nun aber auch unser Artikel seinem Wortlaut nach.

Möglicher Weise kann man deswegen Anstand nehmen, dies zuzugestehen, weil das Wort haften in Art. 400 und 401 in einem andern Sinn gebraucht ist. Allein der Ausdruck, für jemanden haften, kann zunächst nur so aufgefasst werden: für die Erfüllung der Verpflichtungen dieses Anderen einstehen. Sobald diese Interpretation sich im einzelnen Fall als möglich darstellt, ist es nicht zulässig, im Haften für einen Anderen das Uebernehmen einer selbständigen Verpflichtung, beziehungsweise einer anderen Verpflichtung zu erkennen, als die des Anderen ist. Im vorliegenden Fall ist nun diese Möglichkeit gegeben. Der Spediteur schliesst den Frachtvertrag für Rechnung des Versenders ab, materiell also ist der Frachtführer diesem gegenüber verpflichtet. Für diese Erfüllung tritt der Spediteur ein. Ganz anders im Fall der Art. 400 und 401. Zwischen den Leuten des Frachtführers, sowie denjenigen anderen Personen, deren sich dieser bei Ausführung des Transportes bedient, insbesondere den Zwischenfrachtführern [9]) und dem Absender existirt weder formell noch materiell eine rechtliche Beziehung. Der Frachtführer hat den Transport und die Custodia übernommen und hat in Folge davon auch die Handlungen jener Personen zu vertreten, beziehungsweise kann sich nicht zu seiner Entschuldigung darauf berufen, dass nicht er selbst, sondern andere Personen es gewesen, durch welche Nachtheile verursacht oder nicht abgewandt worden seien. Welche Verpflichtungen diese Personen ihm gegenüber übernommen und ob sie diese erfüllt hatten oder nicht, ist völlig gleichgültig.

Es kann hiernach auch aus den Artikeln 400 und 401 kein Argument für die Interpretation unseres Artikels entnommen werden.

§. 12. **III. Einzelne Bemerkungen.**

Dem Absender oder Empfänger. Diese Ausdrücke sind unge-

[9]) Das nach Art. 401 zwischen dem Zwischenfrachtführer, der das Gut mit Frachtbrief übernommen hat, und dem Absender entstehende directe Vertragsverhältniss steht mit der Verpflichtung des den Transport übernehmenden ersten Frachtführers und der daraus entspringenden Haftung desselben für den Zwischenfrachtführer in keiner rechtlichen Beziehung, sondern geht neben derselben her. S. Bemerkungen zu Art. 401.

nau und der sonstigen Terminologie des Gesetzes nicht entsprechend [10]). Der Contrahent des Spediteurs ist der Versender, und ob das Gut dem Spediteur von diesem übergeben worden oder ob er es von einem Dritten in Empfang genommen und die Versendung an seinen Contrahenten (den Versender) besorgen soll, ist gleichgültig. **Art. 384.**

Bestimmte Sätze der Transportkosten. Mit Recht rügt von Kräwel [11]) die Ungenauigkeit der Fassung. „Es genügt nicht, dass über einzelne bestimmte Sätze der Transportkosten eine Einigung stattgefunden hat, sondern es muss ein Gesammtbetrag [12]) der Transportkosten verabredet sein. Sodann genügt es nicht, dass für irgend einen Theil der Reise, welche die Waaren zu machen haben, ein solches Pauschquantum der Transportkosten verabredet ist, um für die ganze Beförderung die Wirkung des Artikels 384 eintreten zu lassen. Ist vielmehr nur für einen Theil der Reise ein bestimmter Entgelt vereinbart, so wird auch nur für diesen Theil das del credere eintreten."

Um — sich geeinigt hat, d. h. wenn verabredet ist, dass die Summe der Versendungskosten einen bestimmten Betrag nicht übersteigen solle, dass aber auch der Spediteur diese Summe jedenfalls in Anspruch zu nehmen habe, auch wenn die Versendungskosten sich geringer belaufen. — Eine derartige Einigung erfolgt häufig auf Grund eines vom Spediteur ausgegebenen Tarifs.

In der blossen Mittheilung eines Ueberschlags der Versendungskosten liegt noch nicht eine Vereinbarung über bestimmte Sätze. Ebenso wenig schliesst andererseits eine Specification der Versendungskosten die Möglichkeit des Abschlusses einer solchen Vereinbarung aus.

Eine **entgegenstehende Verabredung** kann aus dem Inhalt des vom Spediteur ausgegebenen Tarifs, auf dessen Grund die Vereinbarung über die Transportkosten abgeschlossen wird, hervorgehen. Dasselbe gilt von der im zweiten Satz erwähnten Vereinbarung über die Provision.

Zwischenspediteure und Frachtführer. Des Schiffers wird zwar nicht Erwähnung gethan. Es muss in Betreff seiner jedoch das Nämliche gelten. Vergl. Art. 379.

In diesem Falle, d. h. wenn die Voraussetzung des Artikels: Einigung über bestimmte Sätze der Transportkosten, vorliegt. Ob dabei eine besondere Verabredung über die Haftung getroffen ist oder nicht,

10) Bemerkungen zu Art. 391 §. 4.

11) Commentar, Anmerkung 1 zu diesem Artikel.

12) Dieser Betrag braucht jedoch nicht für den ganzen Transport in einer Summe ausgedrückt zu sein, sondern kann nach Gewichts- oder Masseinheiten z. B. „für den Centner" verabredet sein.

Art. 384. ist gleichgültig. Die Bestimmung des zweiten Satzes gilt also insbesondere auch dann, wenn der Spediteur den Transport als Frachtführer übernommen hat.

Art. 385.

Art. 385. Der Spediteur ist, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist, befugt, den Transport der Güter selbst auszuführen.

Wenn er sich dieser Befugniss bedient, so hat er zugleich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers und kann die gewöhnliche Fracht, die Provision und die bei Speditionsgeschäften sonst regelmässig vorkommenden Unkosten berechnen.

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung Art. 325. — Entwurf II. Lesung Art. 362.

Protok. S. 774 f. 780. — 1219 f.

§. 1. Vergl. Vorbemerkung zu Art. 383 bis 385, §. 3.

Die in diesem Artikel dem Spediteur gewährte Befugniss entspricht der Befugniss des Einkaufs- und Verkaufs-Commissionärs, selbst als Contrahent aufzutreten. Vergleiche daher im Allgemeinen die Bemerkungen zu Art. 376.

Der vorliegende Artikel unterscheidet sich von Art. 376 dadurch, dass

1) die Befugniss des Einkaufs- und Verkaufs-Commissionärs, als Contrahent aufzutreten, auf Commissionen, welche eine bestimmte Waarenkategorie betreffen (solche Waaren, die einen Börsenpreis oder Marktpreis haben), eingeschränkt ist, während eine solche Beschränkung dem Spediteur nicht gesetzt ist.

2) Dem Spediteur, welcher als Contrahent auftritt, werden ausdrücklich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers zugesprochen, während im Art. 376 eine solche Bestimmung sich nicht findet, ja sogar absichtlich beseitigt wurde. Da jedoch nach den Ausführungen zu Art. 376, §. 2 durch die Streichung der gedachten Worte die Bestimmung des Artikels 376 eine Veränderung nicht erfahren hat, vielmehr dem als Contrahenten auftretenden Einkaufs- und Verkaufs-Commissionär die Rechte und Pflichten des Käufers oder Verkäufers trotzdem zukommen, so ist die Verschiedenheit zwischen den beiden Artikeln in dieser Richtung nur eine äusserliche [1]).

[1]) „Dem Einwande, dass der Satz: „„er hat die Rechte und Pflichten eines Frachtführers,““ nicht angenommen werden könne, weil der entsprechende Satz

3) Abs. 3 des Art. 376 ist in unseren Artikel nicht aufgenommen, dem Versender steht daher die in dieser Bestimmung dem Einkaufs- und Verkaufs-Committenten eingeräumte Befugniss nicht zu. **Art. 385.**

Zugleich. Dadurch, dass der Spediteur von der in Absatz 1 ihm eingeräumten Befugniss Gebrauch macht, hört er nicht auf, als Spediteur berechtigt und verpflichtet zu sein. Er bleibt also namentlich verpflichtet, die für den Versender vortheilhafteste Ausführung der Versendung zu wählen, und wenn diese durch Abschluss mit einem Dritten vortheilhafter ausgeführt werden kann, so darf er die Ausführung nicht selbst übernehmen. S. o. Bemerkungen zu Art. 376, §. 3, 4. §. 2.

Eines Frachtführers. Für den Fall der Uebernahme eines Seetransports hat der denselben übernehmende Spediteur zugleich die Rechte eines Verfrachters.

Unkosten, s. o. Bemerkungen zu Art. 376, §. 9.

Art. 386.

Die Klagen gegen den Spediteur wegen gänzlichen Verlustes oder wegen Verminderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Guts verjähren nach einem Jahre. **Art. 386.**

Die Frist beginnt in Ansehung der Klagen wegen gänzlichen Verlustes mit dem Ablauf des Tages, an welchem die Ablieferung hätte bewirkt sein müssen; in Ansehung der Klagen wegen Verminderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung mit dem Ablauf des Tages, an welchem die Ablieferung geschehen ist.

In gleicher Art sind die Einreden wegen Verlustes, Verminderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Guts erloschen, wenn nicht die Anzeige von diesen Thatsachen an den Spediteur binnen der einjährigen Frist abgesandt worden ist.

Die Bestimmungen dieses Artikels finden in Fällen des Betrugs oder der Veruntreuung des Spediteurs keine Anwendung.

Preuss. Entwurf Art. 303. — Entwurf I. Lesung Art. 327. — Entwurf II. Lesung Art. 363.

Protok. S. 771 f. — 1221 f. 1384. 1461.

des Art. 322 (des Entwurfs erster Lesung Art. 376 des Gesetzes) gestrichen sei, wurde entgegnet, es sei von Interesse, einen solchen Satz ausdrücklich auszusprechen, die Lage des Commissionärs sei gerade in dieser Beziehung nicht dieselbe, wie die des Spediteurs, denn der Frachtführer habe grössere Pflichten als der Spediteur, der Käufer und Verkäufer aber geringere als der Commissionär." (Protokolle S. 1220.)

Art. 386. Vergl. Art. 349. 350.

Gegen den Spediteur. Ob der Speditionsvertrag abgeschlossen ist, oder ob der Spediteur del credere steht, oder den Transport selbst ausführt, beziehungsweise auszuführen begonnen hat (Art. 385), ist gleichgültig. Uebrigens enthält Art. 408 Abs. 3 dieselbe Bestimmung auch für die Klagen und Einreden gegen den Frachtführer.

Des Tages, an welchem die Ablieferung hätte bewirkt werden sollen. Wenn darüber eine besondere Uebereinkunft stattgefunden hatte, so kommt der vertragsmässige Termin in Betracht, wenn nicht, die übliche Lieferungszeit. Doch kann sich der Versender darauf berufen, dass in Folge besonderer Ereignisse, z. B. Eisgangs, Blockade, Kriegs, die Ablieferung erst von einem späteren Tage hätte bewirkt zu werden brauchen, oder zu erwarten gewesen wäre.

Art. 387.

Art. 387. Im Uebrigen sind die Rechte und Pflichten des Spediteurs, soweit dieser Titel keine Bestimmungen darüber enthält, nach den Grundsätzen des vorigen Titels zu beurtheilen; insbesondere kommen die Bestimmungen, welche in den Art. 365 bis 367 für den Commissionär gegeben sind, auch für den Spediteur zur Anwendung.

Preuss. Entwurf Art. 298. 301. 302 Abs. 3. — Entwurf I. Lesung Art. 328. — Entwurf II. Lesung Art. 364.

Protok. S. 754. 756 bis 758. — 1222.

Art. 388.

Art. 388. Wenn ein Kaufmann, dessen gewöhnlicher Handelsbetrieb nicht in Speditionsgeschäften besteht, eine Güterversendung durch Frachtführer oder Schiffer für fremde Rechnung in eigenem Namen zu besorgen übernimmt, so gelten in Ansehung eines solchen Geschäfts die Vorschriften dieses Titels.

Preuss. Entwurf Art. 304. — Entwurf I. Lesung: fehlt. — Entwurf II. Lesung Art. 365.

Protok. S. 772 f. — 1463 f.

Siehe Bemerkungen zu Art. 272 Abs. 2, §. 22. 23, S. 35. Vorbemerkung II. zu Buch IV. Tit. I. Abschnitt 2, §. 7, S. 53. Bemerkungen zu Art. 379 §. 2. **Art. 388.**

Vergl. Art. 378. 420.

Art. 389.

Die Bestimmungen dieses Titels finden keine Anwendung auf Personen, welche nur die Vermittelung von Frachtverträgen zwischen dem Absender und dem Frachtführer oder Schiffer bewirken (Frachtmäkler, Güterbestätter, Schiffsprocureure). **Art. 389.**

Preuss. Entwurf Art. 305. — Entwurf I. Lesung Art. 330. — Entwurf II. Lesung Art. 366.

Protok. S. 780 f. — 1224.

Vermittelung. S. Bemerkungen zu Art. 272 Nr. 4 §. 15.

Frachtmäkler etc. Ueber die im Artikel erwähnten Personen siehe Bemerkungen zu Art. 67, §. 3 (Bd. I, S. 172).

Betreiben Personen die Vermittelung von Frachtverträgen, welche unter den fünften Titel dieses Buches fallen, gewerbemässig und gehören sie nicht zu den Handelsmäklern im Sinn des Gesetzbuchs (Art. 66), sind also ihre Geschäfte nach Art. 272, Nr. 4 Handelsgeschäfte und sie selbst somit Kaufleute (Art. 4) [1], so fällt eine von ihnen im einzelnen Fall für fremde Rechnung im eigenen Namen übernommene Besorgung einer Güterversendung nach Art. 388 unter die Vorschriften dieses Titels.

[1]) Bemerkungen zu Art. 272 §. 18 Nr. 3.

Fünfter Titel.

Von dem Frachtgeschäft.

Erster Abschnitt.

Vom Frachtgeschäft überhaupt.

Art. 390.

Art. 390. Frachtführer ist derjenige, welcher gewerbemässig den Transport von Gütern zu Lande oder auf Flüssen und Binnengewässern ausführt.

Preuss. Entwurf Art. 306. — Entwurf I. Lesung Art. 331. — Entwurf II. Lesung Art. 367.
Protok. S. 781. — 1228. — 4673. 5092. — Monita 427 bis 429.

§. 1. Der Artikel stellt den Begriff des Frachtführers zu dem Ende auf, um die Geschäfte zu präcisiren, welche, wenn gewerbemässig betrieben, nach Art. 272 Nr. 3 Handelsgeschäfte sind, und auf welche die Bestimmungen dieses Abschnitts Anwendung finden [1]). In letzterer Beziehung tritt Art. 420 ergänzend hinzu.

Die für gewöhnliche Fuhrleute und gewöhnliche Schiffer [2]) in Art. 10 aufgestellte Beschränkung berührt diese beiden Beziehungen

[1]) Ein Vertrag, durch welchen eine Person, welche weder Frachtführer im Sinn des Artikels noch sonst Kaufmann ist (Art. 420), einen Transport übernimmt, kann dadurch Handelsgeschäft sein, dass der Absender Kaufmann ist und den Transportvertrag im Betrieb seines Handelsgewerbes abschliesst (Art. 273). Bei Beurtheilung dieses Vertrags kommen zwar sonach die allgemeinen Bestimmungen über Handelsgeschäfte, nicht aber kommt unser Titel zur Anwendung.

[2]) S. Bemerkungen zu Art. 10 §. 10. 11.

in keiner Weise. Auch ihre Geschäfte sind Handelsgeschäfte und werden **Art.**
nach den Bestimmungen dieses Abschnitts beurtheilt [3]. **390.**

Frachtführer. Der Name „Frachtführer" ist ein vom Gesetzbuch neu aufgestellter terminus technicus. Er entspricht keiner der verschiedenen Bedeutungen, welche der gewöhnliche Sprachgebrauch dem Wort Frachtführer beilegt. Es ist daher auch unzulässig, aus diesem Sprachgebrauch irgend ein Argument für die Interpretation des Artikels zu entnehmen.

Gewerbemässig. S. Bemerkungen zu Art. 4 §. 4.

Transport. Die Beförderung von Ort zu Ort. Es frägt sich, ob §. 2.
der Absendungsort vom Destinationsort durch eine grössere räumliche Entfernung getrennt sein müsse, so dass beide als verschiedene Orte in dem in den Bemerkungen zu Art. 20 §. 5 entwickelten Sinn — als geographisch verschiedene Orte erscheinen. Unzweifelhaft liegt diese Voraussetzung manchen Bestimmungen dieses Abschnitts zu Grunde, insbesondere den Art. 391 Abs. 2, 392, 394 („Reise"), 404, 405. Allein daraus folgt noch nicht, dass die vorliegende Bestimmung auf diese Fälle zu beschränken wäre, noch lässt sich eine solche Beschränkung aus dem Wort Transport, noch aus dem übrigen Inhalt des Artikels deduciren. Nicht nur wird also der Vertrag über den Transport auf kürzere Entfernungen, z. B. innerhalb einer Stadt, unter den sonst erforderlichen Voraussetzungen ein unter diesen Abschnitt fallendes Frachtgeschäft sein können, sondern der gewerbemässige auf den Transport innerhalb einer Stadt gerichtete Betrieb genügt zur Begründung der Eigenschaft eines Frachtführers [4].

Auf welche Weise die Beförderung vorgenommen wird, ob vermittelst Fuhrwerks, Lastthiers, ob die Fuhrwerke durch Thiere, Maschinen, Wasserlauf oder durch Menschenkraft bewegt werden, ob die Beförderung ohne Fuhrwerk durch Menschenkraft erfolgt u. s. w., ist völlig gleichgültig. Als Frachtführer können daher auch erscheinen: Ewerführer, Kärrner, Karrenschieber, Fussboten [5], Dienstmänner [6] u. s. w., beziehungsweise auf derartige Transporte gerichtete Anstalten.

[3] Vergl. über die in den früheren Entwürfen ihnen gewährte besondere Befugniss Note 2 zu Art. 10, Bd. I, S. 29. (In der vorletzten Zeile dieser Note muss es statt „nun auch" heissen „nur noch".)

[4] Goldschmidt's Handbuch Bd. I, §. 54, Note 6.

[5] A. M. sind die Motive zum preussischen Entwurf (S. 168): „schon dem Wortsinn nach gehören blosse Fussboten nicht zu den Frachtführern." Ueber die Unschlüssigkeit dieses Arguments s. o. §. 1. Der nämlichen Ansicht sind ohne Angabe von Gründen Goldschmidt a. a. O., Auerbach, das Neue Handelsgesetz Abthl. I, S. 25.

[6] Goldschmidt a. a. O. §. 55, Note 22; vergl. noch Busch's Archiv Bd. III, S. 380; Bd. V, S. 286; Bd. VII, S. 311.

Art. 390. §. 3. **Güter,** soviel wie Sachen. Eine Sache wird, insofern ihr Transport Gegenstand eines Frachtvertrags ist, als Frachtgut bezeichnet. Dass dies Frachtgut Handelsgut sei, ist nicht erforderlich, um den Frachtvertrag zum Handelsgeschäft, den das Transportgewerbe Betreibenden zum Frachtführer zu machen.

Der Vertrag über den Transport von Menschen ist kein Frachtvertrag im Sinn dieses Abschnitts. S. über denselben Bemerkungen zu Art. 272 §. 24.

Auch über das Reisegepäck kann ein Frachtvertrag abgeschlossen werden, und ist regelmässig als abgeschlossen anzunehmen, wenn dasselbe vom Transportanten übernommen ist [7]), nicht aber, wenn der Reisende es bei sich behält. Dass ein besonderer Frachtlohn nicht bedungen wird, steht der Annahme eines wirklichen Frachtvertrags insbesondere dann nicht im Wege, wenn bei Abschluss des Personentransportvertrags dem Reisenden die Mitnahme eines gewissen meist nach Gewicht bestimmten Quantums vom Gepäck nachgelassen ist [8]). Ebensowenig relevant ist es, dass der Vertrag über die Beförderung des Gepäcks zusammen mit dem Persontransportvertrag abgeschlossen wird [9]). Nur insofern ist dieser Zusammenhang von Bedeutung, als das, wenn auch sehr häufige Abschliessen von Frachtverträgen über Reisegepäck an sich die Eigenschaft des Transportanten als Frachtführer nicht begründen kann, indem es nicht als ein selbständiger Gewerbebetrieb erscheint, sondern nur dem Gewerbe des Personentransports unterstützend zur Seite tritt. Ist daher die Eigenschaft des Transportanten als Kaufmann nicht dadurch, dass er eine Anstalt zum Personentransport unterhält (Art. 272 Nr. 3, Art. 4), oder anderweit begründet, so erscheint der Frachtvertrag über das Reisegepäck nicht als Handelsgeschäft, und es finden mithin auf dasselbe weder die allgemeinen Bestimmungen der Abschnitte 2 bis 4 des ersten Titels dieses Buchs noch die des vorliegenden Abschnitts Anwendung.

§. 4. **Transport von Gütern.** Nicht als Transport von Gütern erscheint die Vermiethung von Transportfahrzeugen (Wagen und Pferden, Schiff) zum Zweck der Ausführung eines bestimmten Transports, selbst dann

7) Vergl. Art. 425 Nr. 1. S. auch Art. 674. Bei manchen Transportanstalten sind besondere Solennitäten bez. Documentirungen der Uebernahme eingeführt. Das einfache Uebergeben an den Transportanten oder einen seiner Leute erscheint in diesen Fällen nicht als Abschluss eines Frachtvertrags, z. B. das Einstellen eines Gepäckstücks in den Gepäckwagen eines Eisenbahnzugs ohne Lösung eines Gepäckscheins. — Ob die Anweisung eines Raums oder Fahrzeugs (z. B. des Dampfboots) zum Hinstellen des Gepäcks als Uebernahme des letzteren erscheint, ist quaestio facti.

8) Diese Bestimmung wird meist nicht besonders verabredet, sondern ist in den die lex contractus des einzelnen Transportvertrags bildenden Reglements enthalten.

9) A. M. ist Kuhn in Busch's Archiv Bd. VI, S. 340, Note 1.

nicht, wenn der Vermiether die Thätigkeit seines eigenen Fuhrknechts, seiner Schiffsleute mit vermiethet [10]). Ohne das Hinzutreten besonderer Umstände wird das Fortschaffen eines beladenen Fuhrwagens auf einem Eisenbahnwagen, das Schleppen eines Flussschiffs durch ein Schleppboot [11]) nicht als Transport von Gütern erscheinen. **Art. 390.**

Zu Land oder auf Flüssen und Binnengewässern. Den Gegensatz bildet der Seetransport, welcher in Buch V, Titel 5 besonders geregelt ist. §. 5.

In erster Lesung war „vorbehalten worden, in einem besonderen Abschnitt des Seerechts zu verordnen, dass und welche Bestimmungen des Seerechts auch auf Flussschifffahrt Anwendung zu finden hätten". Protokolle S. 515 f.

Nach Beendigung der zweiten Lesung des Seerechts wurde die Erledigung dieses Vorbehalts beantragt, auf den Antrag jedoch zur Zeit nicht eingegangen, theils aus dem Grund, „weil die Abgeordneten mehrerer Staaten, für welche der Transport auf Flüssen und Binnengewässern die grösste Bedeutung habe, nicht anwesend seien," theils „weil auf den Gegenstand füglich erst dann eingegangen werden könne, wenn der fünfte Titel des vierten Buchs (vom Frachtgeschäft) in dritter Lesung definitiv festgestellt sei, weil sich nicht früher ermessen lasse, ob und welche besonderen Bestimmungen rücksichtlich des Transports auf Flüssen und Binnengewässern in das Gesetz noch aufzunehmen seien." Protok. S. 4490.

Bei der dritten Lesung wurde vom baierschen Deputirten, dem jetzigen Herrn Handels-Appellationsgerichts-Präsidenten Dr. v. Seuffert in Nürnberg, ein mit grosser Umsicht ausgearbeiteter Entwurf unter dem Titel „von den Schiffen, welche Flüsse und Binnengewässer befahren" vorgelegt. Derselbe enthält im ersten Abschnitt (§. 1 bis 3) einige allgemeine Bestimmungen, handelt im zweiten Abschnitt (§. 4 bis 6) von dem Schiffseigenthümer, im dritten (§. 7 bis 9) vom Schiffer, im vierten (§. 10 bis 21) vom Frachtvertrag, im fünften (§. 22 bis 25) von der Haverei, im sechsten (§. 26) von der Bergung und Hülfeleistung [12]). Protokolle S. 5129 bis 5134.

[10]) Es kann im einzelnen Fall schwierig sein zu entscheiden, ob eine Vermiethung von Transportwerkzeugen oder ein Frachtvertrag vorliegt.

[11]) A. M. ist Goldschmidt: Handbuch Bd. I, §. 54, N. 6. Siehe gegenüber dem daselbst citirten Urtheil des Berliner Obertribunals ein Erkenntniss desselben Gerichts vom 24. November 1864. In Busch's Archiv Bd. VII, S. 308 und Centralorgan N. F. Bd. II, S. 402.

[12]) Die in diesem Entwurf citirten Paragraphen sind die des Entwurfs zweiter Lesung des Seerechts. Da dieser letztere Entwurf dem fünften Buch des Handelsgesetzbuchs wörtlich entspricht, so können die citirten Paragraphen in dem Gesetzbuch selbst nachgeschlagen werden. Addirt man 431 zu der Paragraphenzahl, so erhält man die Zahl des entsprechenden Artikels des Gesetzbuchs.

Art. 390. Aber auch in diesem letzten Stadium der Berathungen wurde die betreffende Angelegenheit unerledigt gelassen. Es wurde gegen die Berathung des vorgelegten Entwurfs (Anlage C zum Protokoll der 585. Sitzung) Folgendes geltend gemacht.

„Schon bei der ursprünglichen Feststellung des preussischen Entwurfs hätten sich mehrere Stimmen dafür erhoben, dass Vorschriften im Sinn der Anlage C in das Handelsgesetzbuch aufgenommen werden müssten und nicht fehlen dürften, wenn es nicht eine wesentliche Lücke enthalten solle. Bei dem Versuche, die entsprechenden Normen zu entwerfen, habe es sich als sehr schwierig herausgestellt, auch nur für die Flussschifffahrt Preussens gemeinschaftliche Bestimmungen über die in der Anlage C berührten Fragen aufzustellen; es erscheine dies also um so weniger für ganz Deutschland thunlich. Der Grund hiervon liege in der grossen Verschiedenheit der factischen Verhältnisse, welche dabei nicht unberücksichtigt gelassen werden könnten. Deshalb enthalte der preussische Entwurf nichts über die hier angeregte Rechtsmaterie. Auch andere Gesetzgebungen enthielten darüber nichts, mit Ausnahme der holländischen; allein dabei dürfe man nicht ausser Augen lassen, dass die Frage für Holland bei der Beschaffenheit des Landes und dem vielfachen Ineinandergreifen der Fluss- und Seeschifffahrt einestheils eine viel grössere praktische Bedeutung habe als für Deutschland, und anderntheils dort viel leichter erledigt werden könne. Von dem Antrage in der Anlage C gelte auch in erhöhtem Masse dasjenige, was oben darüber bemerkt worden sei, dass es der Versammlung jetzt an dem Beirathe technischer Mitglieder fehle, und dass die betreffenden Bestimmungen gleich den anderen Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs einer wiederholten Durchsicht in mehreren Lesungen bedürfen würden. Dazu komme noch, dass in Wirklichkeit die in dem Antrage in der Anlage C besprochenen Fragen keineswegs eine ganz besonders hervorragende praktische Bedeutung hätten, sondern nur die Regulirung einiger weniger Verhältnisse in Frage stehe, die man in keinem Falle ohne die vorsichtigste Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse würde vornehmen können, und dass man dabei sich jedenfalls dennoch gezwungen sehen würde, in den meisten Fällen wieder dem Ortsgebrauch seine Geltung vor den im Handelsgesetzbuch aufzustellenden Bestimmungen vorzubehalten. Es scheine deshalb zweckmässiger, von Aufnahme solcher Bestimmungen in das Handelsgesetzbuch gänzlich Umgang zu nehmen.“ Es wurde darauf der gestellte Antrag abgelehnt. (Protokolle S. 5126 f.)

In höherem Mass als die vorgebrachten Gründe dürfte aber auf dem gefassten Beschluss die um jene Zeit (Februar 1861) sich mehr und mehr

geltend machende Ueberzeugung von bestimmendem Einfluss gewesen sein, dass es aus den verschiedensten Ursachen geboten sei, mit den Vorarbeiten zum Handelsgesetzbuch abzuschliessen und baldmöglichst den Entwurf den Regierungen vorzulegen. **Art. 390.**

Ausführt. Nicht erforderlich ist zum Begriff des Frachtführers im Sinn des Gesetzbuchs, dass er die Handlungen, durch welche der Transport des Guts bewirkt wird, in eigener Person oder durch seine Leute vornimmt. Er kann diese Handlungen ihrem ganzen Umfang nach von anderen Personen, mit welchen er selbst Frachtverträge abschliesst, vornehmen lassen, wenn nur diese Frachtverträge für seine eigene Rechnung abgeschlossen werden und er dem Absender gegenüber als der Verpflichtete erscheint. Dies gilt nicht nur vom einzelnen Fall, sondern auch vom gewerbemässigen Betrieb. Es kann Jemand Frachtführer sein, der keinen einzigen Frachtwagen besitzt. Der sogenannte Entrepreneur de roulage ist Frachtführer [13]). §. 6.

Art. 391.

Der Frachtbrief dient als Beweis über den Vertrag zwischen dem Frachtführer und dem Absender. **Art. 391.**

Der Frachtführer kann die Ausstellung eines Frachtbriefs verlangen.

Preuss. Entwurf Art. 307. — Entwurf I. Lesung Art. 322. — Entwur II. Lesung Art. 368.

Protok. 781 f. — 1228. — 4674 bis 4676. 5092. — Monitum 430.

Der Frachtbrief wird, wie dies aus der üblichen Form desselben hervorgeht, ausgestellt zum Zweck, dem Empfänger (Destinatar [1]) Nachricht zu geben über den Inhalt des Frachtvertrags, wie derselbe zwischen Absender und Frachtführer wirklich verabredet worden ist oder dem Empfänger gegenüber als verabredet gelten soll. Es kann aber auch die Absicht vorliegen, dass der Frachtbrief dazu dienen soll, zwischen dem Absender und dem Frachtführer über den von ihnen verabredeten Frachtvertrag beziehungsweise über einzelne Punkte desselben Beweis zu liefern. Diese Absicht wurde, der Anschauung des Verkehrs entsprechend, schon nach §. 1.

[13]) Ueber die Modificationen des Speditionsgeschäfts, durch welche dasselbe dem Frachtgeschäft sich nähert oder in dasselbe übergeht, s. Art. 383 bis 385.

[1]) Siehe über den Ausdruck „Empfänger“ im Gesetzbuch Bemerkungen zu Art. 392 §. 2.

Art. 391. dem bisherigen Recht vermuthet und Abs. 1 unseres Artikels erkennt diese Vermuthung an. Der vom Absender dem Frachtführer übergebene und von diesem ohne Widerspruch angenommene Frachtbrief liefert zwischen den Contrahenten Beweis über die in ihm enthaltenen Punkte.

§. 2. Aus dieser Auffassung ergeben sich aber folgende Consequenzen.

1) Die Ausstellung des Frachtbriefs ist kein Essentiale des Frachtvertrags, welcher vielmehr, wie jeder andere Vertrag (Art. 317) durch einfachen Consens der Parteien geschlossen wird.

2) Auch wenn die Parteien verabreden, dass ein Frachtbrief ausgestellt werde, oder dass der Vertrag erst mit der Uebergabe des Frachtbriefs perfect sein soll, wird derselbe nicht zur Vertragsurkunde in dem Sinn, dass ausserhalb des Frachtbriefs getroffene mündliche und schriftliche, ausdrückliche oder stillschweigende Verabredungen nicht in Betracht kämen. Gesetzliche Bestimmungen über schriftliche Verträge, wie z. B. Preussisches Landrecht Theil I, Titel 5, §. 117; Oesterreichisches bürgerliches Gesetzbuch §. 887, finden keine Anwendung. Jede neben den im Frachtbrief enthaltene, sei es vor, sei es nach dessen Uebergabe, verabredete Bestimmung hat unter den Parteien gleiche rechtliche Bedeutung, wie der Inhalt des Frachtbriefs.

3) Die Vermuthung, dass der Frachtbrief die zwischen den Parteien verabredete lex contractus enthalte, kann durch Gegenbeweis zerstört werden, ebenso kann der Gegenbeweis gegen eine einzelne Bestimmung des Frachtvertrags gerichtet werden. — Dies wird insbesondere wichtig für den Fall, dass das Gut bei der Uebernahme durch den Frachtführer sich in beschädigtem Zustand befand, der Frachtbrief aber entweder die gute Beschaffenheit bezeugte oder über die Beschaffenheit überhaupt keine Angabe enthielt, also gute Beschaffenheit anzunehmen ist [2a]).

§. 3. **Dient als Beweis,** d. h. macht vollen Beweis. Es ist unbegründet, was in erster Lesung von einer Seite bemerkt wurde: „zu sagen, wie viel der Frachtbrief beweise, liege ausser der Aufgabe des Artikels.“ Protokolle S. 782 [2b]).

Zwischen dem Frachtführer und dem Absender. Darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen der Frachtbrief in dem Rechtsverhältniss zwischen Frachtführer und Empfänger, zwischen mehreren Frachtführern unter einander, zwischen Absender und Empfänger u. s. w. als Beweismittel dienen könne, enthält der Artikel keine Bestimmung.

[2a]) Auch dem Empfänger gegenüber ist dieser Gegenbeweis zulässig. Bemerkungen zu Art. 405 §. 8 Nr. 3.

[2b]) Ueber das Nichterforderniss der Unterschrift s. u. §. 8 und Bemerkungen zu Art. 392 §. 1.

Absender ist derjenige, welcher den Frachtvertrag in eigenem Namen abschliesst, beziehungsweise in dessen Namen er abgeschlossen wird. Ob der Abschluss für eigene oder für fremde Rechnung erfolgt, ist gleichgültig. Unter Versender dagegen versteht man denjenigen, für dessen Rechnung der Vertrag von einem Anderen abgeschlossen wird. Letztere Benennung kommt also insbesondere vor, wenn der Frachtvertrag durch einen Spediteur abgeschlossen wird, zur Bezeichnung des Committenten des Spediteurs im Gegensatz zu diesem, während im Verhältniss zum Frachtführer und Destinatar der Spediteur der Absender ist (Protokolle S. 781, 843 bis 845). Im Gesetzbuch kommt der Ausdruck Versender nur in Art. 382 vor. In Art. 384 steht incorrect Absender statt Versender, in Art. 389 dagegen ist mit Recht das Wort Absender gebraucht. **Art. 391. §. 4.**

Der Absender kann eine von demjenigen, an welchen das Gut durch den Frachtführer gebracht werden soll (Destinatar, Empfänger), verschiedene Person sein. Dieser letztere kann aber auch den Frachtvertrag selbst abschliessen (oder in seinem Namen abschliessen lassen). In diesem Fall ist er der Absender. Derjenige, bei welchem die zu transportirenden Güter vor der Absendung lagern, oder überhaupt von welchem sie der Frachtführer empfängt, ist an sich eine dem durch den Frachtvertrag entstandenen Rechtsverhältniss fremde Person, die unter dem Absender nicht verstanden wird [3]. Ebenso kann der Empfänger auch Versender sein [4]. §. 5.

Absatz 2. Dass bei Abschluss des Frachtvertrags jeder der Contrahenten die Aufnahme aller möglichen Vertragsbestimmungen proponiren kann, dass also auch darin, ob ein Frachtbrief ausgestellt werden solle oder nicht, und hinsichtlich des Inhalts desselben die Parteien völlig freie Hand haben, ist, da der Frachtbrief kein Essentiale des Frachtvertrags ist, selbstverständlich. Dagegen erscheint die Ausstellung eines Frachtbriefs bei den hauptsächlichsten Arten des Frachtverkehrs als ein Naturale des Frachtvertrags. Ist also über die Ausstellung eines Frachtbriefs oder den Inhalt desselben nichts verabredet worden, so hat bei den Frachtverträgen der angeführten Art jeder der Contrahenten das Recht, die Ausstellung, beziehungsweise die Annahme eines Frachtbriefs zu verlangen, und zwar mit dem üblichen Inhalt. Insoweit enthält der Absatz nichts Neues. Es kann aber auch daraus, dass er lediglich vom Recht des Frachtführers handelt, nicht geschlossen werden, dass er dem Absender dies Recht, soweit es ihm nach allgemeinen Grundsätzen zusteht, entziehen wolle. §. 6.

[3]) Protokolle S. 4733 und die als selbstverständlich nicht angenommenen Monita Nr. 458. 459.

[4]) Bemerkungen zu Art. 384 §. 12.

Art. 391. §. 7. Bei manchen Frachtverträgen, z. B. den mit gewöhnlichen Boten, Dienstmannsanstalten abgeschlossenen, ist die Ausstellung von Frachtbriefen nicht üblich, würde also nach allgemeinen Grundsätzen ohne besondere Verabredung von keinem der Contrahenten gefordert werden können. Nach Abs. 2 unseres Artikels steht jedoch diese Befugniss bei jedem Frachtvertrag, sobald derselbe Handelsgeschäft ist, wenigstens dem Frachtführer zu [5]).

§. 8. Der Antrag, zu bestimmen, dass der Frachtführer die Unterzeichnung des Frachtbriefs durch den Absender verlangen könne, wurde abgelehnt unter Bezugnahme auf die daraus leicht sich ergebende Belästigung des Handelsstands, welcher sich sehr häufig solcher Frachtbriefe bediene, auf welchen der Name des Absenders nur gedruckt stehe (Protokolle S. 781 f., 4674 bis 4676, Monitum 430).

Ohne besonderes Uebereinkommen (Bestimmung des Reglements) ist also der Frachtführer nicht berechtigt, die Unterzeichnung des Frachtbriefs zu verlangen und etwa bis zu deren Beschaffung den Transport auszusetzen.

Auch der nicht unterschriebene Frachtbrief ist recognoscibel (s. Bemerkungen zu Art. 392 §. 1).

Art. 392.

Art. 392. Der Frachtbrief enthält:

1) die Bezeichnung des Guts nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen;
2) den Namen und Wohnort des Frachtführers;
3) den Namen des Absenders;
4) den Namen dessen, an welchen das Gut abgeliefert werden soll;
5) den Ort der Ablieferung;
6) die Bestimmung in Ansehung der Fracht;
7) den Ort und Tag der Ausstellung;
8) die besonderen Vereinbarungen, welche die Parteien etwa noch über andere Punkte, namentlich über die Zeit, innerhalb welcher der Transport bewirkt werden soll, und über die Entschädigung wegen verspäteter Ablieferung, getroffen haben.

[5]) So geringe praktische Bedeutung diese Bestimmung hinsichtlich derjenigen Frachtführer, bei deren Verträgen die Ausstellung von Frachtbriefen bisher nicht üblich war, gewinnen dürfte, so wenig gerechtfertigt wäre es, wenn man aus Absatz 2 ein Argument dafür entnehmen wollte, dass das Gesetzbuch den Begriff des Frachtführers nicht auf diese Transportanten ausdehne (vergl. Bemerk. zu Art. 390 §. 3).

Preuss. Entwurf Art. 308. — Entwurf I. Lesung Art. 333. — Entwurf II. Lesung Art. 369. **Art. 392.**

Protok. S. 783 f. — 1228. — 4676. 5092. — Monitum 431.

Der Frachtbrief enthält [1], d. h. wenn die Ausstellung, beziehungsweise Annahme eines Frachtbriefs schlechthin verabredet worden oder als verabredet anzunehmen ist oder ein solcher auf Grund eines Rechtssatzes (s. Bemerkungen zu Art. 391 §. 6 und 7) verlangt werden kann, so ist eine die unter Nr. 1 bis 8 aufgeführten Angaben enthaltende Urkunde als diejenige anzusehen, auf welche die Verabredung oder der Rechtssatz sich bezieht. Der Absender ist also verpflichtet, diese Angaben in den Frachtbrief aufzunehmen und er liberirt sich durch Ausstellung eines derartigen Frachtbriefs. Der Frachtführer ist berechtigt, die Aufnahme dieser Angaben zu verlangen, und ist verpflichtet, einen so beschaffenen Frachtbrief anzunehmen. §. 1.

Nicht aber bestimmt der Artikel, dass überall da, wo das Gesetz von einem Frachtbrief spricht, eine diese sämmtlichen Angaben enthaltende Urkunde gemeint ist, beziehungsweise dass das Gesetz eine Urkunde, welche eine dieser Angaben nicht enthält, nicht als Frachtbrief anerkenne, so dass mithin diejenigen Rechtswirkungen, welche die Existenz eines Frachtbriefs zur Voraussetzung haben, nicht einträten, wenn eine derartige mangelhafte Urkunde vorliegt, dass also z. B. Art. 401 Abs. 2, 402, 403, 406 etc. nicht zur Anwendung kämen [2]. Es ist vielmehr Sache des richterlichen Ermessens, ob eine derartige Urkunde als Frachtbrief anzusehen sei oder nicht.

Dagegen muss eine diesem Artikel entsprechende Urkunde überall als ein vollständiger Frachtbrief, also auch, wenngleich nicht unterschrieben, als ein vollgültiges Beweisdocument (Art. 391) erachtet werden.

Nr. 3. Der Name des Absenders kann unterschrieben sein; er kann aber auch im Context der Urkunde gedruckt oder geschrieben enthalten sein (s. Bemerkungen zu Art. 391 §. 8). §. 2.

Nr. 4. Der Adressat (Destinatar) wird im Gesetzbuch als „Empfänger" bezeichnet, auch wenn er das Gut nicht empfängt; vergleiche z. B. Art. 407 („wenn der bezeichnete Empfänger nicht auszumitteln ist").

Art. 308 des preussischen Entwurfs enthält in Absatz 2 die Bestimmung:

[1]) Aehnliche Bestimmungen enthalten Art. 414 über den Ladeschein, Art. 645 über das Connossement, Art. 684 über den Bodmereibrief. Sie fehlen hinsichtlich der Charteparte (Art. 558) und der See-Assecuranz-Police (Art. 788).

[2]) Vergl. die Verhandlungen über Art. 645. Protok. S. 2203 und 2210. Auch Protok. 4770.

Art. 392. „Als Empfänger kann auch der Absender selbst bezeichnet werden; ingleichem kann der Frachtbrief an Ordre gestellt werden, in welchem Fall darunter die Ordre des Absenders zu verstehen ist.“

Die Motive (S. 170) bemerken dazu: „Nicht selten werden die Frachtbriefe, ohne Benennung des Empfängers, einfach an Ordre, d. h. an die Ordre des Absenders, gestellt, hauptsächlich wenn der Absender seine Geschäftsverbindungen geheim zu halten beabsichtigt, oder er, weil der Empfänger ihm nicht sicher genug erscheint, die Uebergabe noch hinausschieben oder durch einen Geschäftsfreund vermitteln lassen will (vergl. Art. 230. 261. 319. 323 [3]). Es kann keinem Bedenken unterliegen, diesen Gebrauch gesetzlich anzuerkennen.“

Nach dem System des preussischen Entwurfs, nach welchem vom Frachtführer ausgestellte Duplicate des Frachtbriefs die Natur von Verpflichtungsscheinen haben [4]), war es denkbar, den Frachtbrief als ein indossables Papier anzuerkennen; da aber dies System im Gesetzbuch nicht anerkannt ist, dieses vielmehr im Gegensatz zu dem vom Frachtführer auszustellenden Verpflichtungsschein (Ladeschein) den Frachtbrief lediglich als ein vom Absender auszustellendes Begleitpapier auffasst, so fällt damit die Indossabilität desselben hinweg.

Wohl aber kann es aus den in den „Motiven“ angeführten Gründen vorkommen, dass der Absender nicht eine andere benannte Person als Empfänger bezeichnet, sondern dass er entweder dem Frachtführer erklärt, er werde ihm später Anweisung geben, an wen das Gut abzuliefern sei, oder er solle diese Anweisung bei einem Dritten abholen. Eine derartige Erklärung (Uebereinkunft) ist zulässig (vergl. auch Art. 402) und kann natürlich auch in den Frachtbrief aufgenommen werden [5]). Als Empfänger erscheint im ersten Fall bis zur Ertheilung der Anweisung der Absender selbst [6]). Wie weit im zweiten Fall dem Dritten selbst die Rechte des Empfängers zustehen, ist nicht allgemein zu bestimmen. Von Bedeutung ist hierfür namentlich, ob derselbe sich am Ablieferungsort befindet oder an einem andern (z. B. einem auf der Reise zu berührenden) Ort.

[3]) Diese Artikel entsprechen im Allgemeinen den Art. 302. 344. 413. 417 des Gesetzbuchs.

[4]) Vorbemerkung zu Art. 413 bis 419.

[5]) Man bezeichnet wohl eine derartige Anweisung als „Ordre“. Es soll „nach Ordre“ abgeliefert werden. Möglicher Weise kann dies im einzelnen Fall so ausgedrückt sein: „es solle an Ordre abgeliefert werden“. Dieser Ausdruck enthält aber nicht ein (rechtlich undenkbares) die Indossabilität begründendes „Stellen an Ordre“.

[6]) Wird die Ordre dem Frachtführer nicht ertheilt, so kann dadurch die Voraussetzung des Art. 407 als eingetreten erscheinen.

Ist ein Ladeschein ausgestellt, so muss in dem daneben ausgestellten Frachtbrief [7]) der legitimirte Inhaber des Ladescheins als Empfänger bezeichnet sein. Art. 392.

Nr. 5. Auch hinsichtlich der näheren Bezeichnung des Ablieferungsorts kann Ertheilung einer Anweisung durch den Absender oder einen Dritten vorbehalten sein.

Nr. 8. S. Art. 394. 397 bis 399.

Art. 393.

Der Absender ist verpflichtet, bei Gütern, welche vor der Ablieferung an den Empfänger einer zoll- oder steueramtlichen Behandlung unterliegen, den Frachtführer in den Besitz der deshalb erforderlichen Begleitpapiere zu setzen. Er haftet dem Frachtführer, sofern nicht diesem selbst ein Verschulden zur Last fällt, für alle Strafen und Schäden, welche denselben wegen Unrichtigkeit oder Unzulänglichkeit der Begleitpapiere treffen. Art. 393.

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung: fehlt. — Entwurf II. Lesung: fehlt.

Protok. S. 4728 bis 4730. 5093.

Der Absender als solcher ist berufen, die zur zoll- und steueramtlichen Behandlung des Guts erforderlichen Papiere auszustellen. Hieraus folgt: §. 1.

1) Da, wenn eine solche Behandlung vor der Ablieferung an den Empfänger stattzufinden hat, der Transport ohne dieselbe nicht ausgeführt werden kann, so ist der Absender dem Frachtführer gegenüber verpflichtet, diesem die Papiere in gehöriger Form und rechtzeitig zu übergeben, d. h. der Frachtführer ist, wenn dies nicht geschieht, nicht verpflichtet, den übernommenen Transport auszuführen und kann seine Ansprüche aus dem Frachtvertrag in derselben Weise geltend machen, wie wenn ihm das Gut selbst nicht, beziehungsweise nicht rechtzeitig übergeben worden ist. Vergl. Art. 592.

2) Führt der Frachtführer den Transport aus, ohne mit den erforderlichen und richtigen Begleitpapieren versehen zu sein, und entsteht daraus ein Schade für den Absender, so hat dieser ihn zu tragen.

[7]) Bemerkungen zu Art. 413 §. 3.

Art. 393. 3) In diesem Fall kann es aber auch nach den gewöhnlichen Bestimmungen der Zollgesetze eintreten, dass der Frachtführer selbst Schaden erleidet, indem er, wenn die Begleitpapiere nicht in Ordnung sind, eine Strafe zu zahlen hat, seine Transportwerkzeuge confiscirt, er selbst und seine Leute arretirt werden. Diesen Schaden hat der Absender ihm zu ersetzen. Im zweiten Satz des Artikels wird dies besonders ausgesprochen. Diese Bestimmung erscheint aber trotzdem immer als Consequenz aus dem ersten Satz, so dass also, wenn den Absender in Betreff der Mangelhaftigkeit der Papiere kein Verschulden trifft, seine Haftung dem Frachtführer gegenüber cessirt. Hätte z. B. eine Veränderung der betreffenden Zollbestimmungen stattgefunden, von welcher zur Zeit der Absendung am Absendungsort noch keine Nachricht vorhanden sein konnte, und würden die neuen Bestimmungen trotzdem auf die betreffenden Güter angewandt, so erscheint der daraus erwachsende Schade als reiner casus, der also, soweit er den Frachtführer trifft, von diesem selbst getragen werden muss.

§. 2. Selbstverständlich ist, dass der Frachtführer keinen Schadensersatz fordern kann, wenn und soweit ihm selbst ein Verschulden zur Last fällt, wenn er z. B. die Papiere verloren oder die ihm zur Disposition gestellten nicht abgeholt hat. Diesen allgemeinen Satz besonders auszusprechen, lag an sich keine Veranlassung vor. Wenn daher das Gesetz denselben trotzdem aufgenommen hat, so kann dies nur deswegen geschehen sein, um anzudeuten, dass dem Frachtführer gerade hinsichtlich der Ausstellung der Begleitpapiere ein besonderes Verschulden zur Last fallen kann. Und in der That liegen die Verhältnisse so, dass, wenngleich es zunächst Sache des Absenders ist, für die Begleitpapiere zu sorgen, doch auch der Frachtführer hierbei wenigstens unter Umständen eine gewisse Sorgfalt anzuwenden hat, deren Vernachlässigung ihm als Verschulden anzurechnen ist. In den meisten Fällen ist nämlich anzunehmen, dass der Frachtführer gerade in Folge seines gewerbemässigen Geschäftsbetriebs in der Lage ist zu wissen, welche Begleitpapiere und in welcher Form dieselben zum Zweck der zoll- und steueramtlichen Behandlung des Guts vorhanden sein müssen, ebenso wie, dass er selbst den Zollbehörden gegenüber für die Ordnungsmässigkeit dieser Papiere einzustehen hat. Es erscheint also als eine Nachlässigkeit seinerseits, wenn er, trotzdem er die Unvollständigkeit der Begleitpapiere kennt, doch den Transport ausführt, und diese Nachlässigkeit ist regelmässig auch schon dann vorhanden, wenn er die Begleitpapiere nicht gehörig geprüft hat. Er ist mithin, wenn ihm hieraus Schaden entsteht, zum Regress gegen den Absender nicht berechtigt.

Ja man wird selbst noch weiter gehen müssen. Häufig ist der Frachtführer in der fraglichen Angelegenheit weit besser bewandert als der Absender, und in Folge des zwischen den Contrahenten bestehenden bonae fidei Verhältnisses kann der Absender erwarten, dass der Frachtführer ihm auch ohne besonders darauf gerichtete Frage die erforderlichen Instructionen Betreffs der Begleitpapiere ertheile. Dieser Umstand kann dazu führen, dass der Frachtführer verpflichtet wird, den aus der Mangelhaftigkeit der Begleitpapiere dem Absender erwachsenden Schaden diesem zu ersetzen. **Art. 393.** §. 3.

Die ganze Frage, namentlich aber, ob und in wie weit der Frachtführer sich auch von der Richtigkeit und Genauigkeit der Angaben über die Art und Beschaffenheit des Inhalts der ihm übergebenen Colli zu überzeugen, beziehungsweise welche Instructionen er in Bezug hierauf dem Absender zu geben hat, kann nur nach den Umständen des einzelnen Falls beurtheilt werden. §. 4.

Der Frachtführer kann dem Absender gegenüber jede Verpflichtung in Betreff der Begleitpapiere ausdrücklich ablehnen. Dies pflegt namentlich von Seiten solcher Transportanstalten zu geschehen, welche die Bedingungen, unter denen sie Transporte übernehmen, allgemein aufgestellt und bekannt gemacht haben und den einzelnen Frachtvertrag mit Bezug auf dieselben abschliessen.

Begleitpapiere (Declarationen, Erlaubnissscheine etc.) können auch noch aus anderen, insbesondere aus Gesundheits- oder allgemein wohlfahrtspolizeilichen Gründen erforderlich sein, z. B. bei Transport von Giften, von leicht explodirenden Gegenständen, ja selbst von Druckschriften. In Betreff derselben kommen die nämlichen Grundsätze zur Anwendung. §. 5.

In wie weit der Absender überhaupt wegen Uebertretung von gesetzlichen Bestimmungen über den Transport von Gütern dem Frachtführer und weiter auch denjenigen Personen, welche mit denselben Transportwerkzeugen Güter befördern lassen, schadensersatzpflichtig ist, bestimmt das Gesetzbuch für den Transport zu Land, auf Flüssen und Binnengewässern nicht. Die betreffenden Bestimmungen über den Seetransport, insbesondere Art. 564, werden jedoch oft analoge Anwendung finden können. §. 6.

Art. 394.

Ist über die Zeit, binnen welcher der Frachtführer den Transport bewirken soll, im Frachtvertrag nichts bedungen, so wird die Frist, innerhalb deren er die Reise antreten muss, durch den Orts- **Art. 394.**

Art. 394. gebrauch bestimmt; besteht ein Ortsgebrauch nicht, so ist die Reise binnen einer den Umständen des Falls angemessenen Frist anzutreten.

Wird der Antritt oder die Fortsetzung der Reise durch Naturereignisse oder sonstige Zufälle zeitweilig verhindert, so braucht der Absender die Aufhebung des Hindernisses nicht abzuwarten, er kann vielmehr von dem Vertrage zurücktreten, muss aber den Frachtführer, sofern demselben kein Verschulden zur Last fällt, wegen der Kosten zur Vorbereitung der Reise, der Kosten der Wiederausladung und der Ansprüche in Beziehung auf die bereits zurückgelegte Reise entschädigen. Ueber die Höhe der Entschädigung entscheidet der Ortsgebrauch und in dessen Ermangelung das richterliche Ermessen.

Preuss. Entwurf Art. 309. — Entwurf I. Lesung Art. 334. — Entwurf II. Lesung Art. 370.

Protok. S. 785 bis 793. — 1228 f. — 4676 bis 4680. — 4684 bis 4689. — 4726. 5093 f.

§. 1. **Absatz 1. Ortsgebrauch.** Massgebend für das aus dem Frachtvertrag entspringende Rechtsverhältniss ist, was den Beginn der Reise betrifft, nicht das Recht des Bestimmungsorts, sondern dasjenige des Orts, von welchem aus die Reise anzutreten ist. An diesem Ort wird in der fraglichen Beziehung der Vertrag ausgeführt. Der Gebrauch dieses Orts ist mithin hier gemeint. Protokolle S. 785. 4679.

§. 2. Fällt der Ort, von welchem aus das zu transportirende Gut von dem Frachtführer übernommen werden soll, nicht zusammen mit dem Ort, von welchem aus der Frachtführer mit seinen Transportmitteln sich nach der Absicht der Parteien zum Zweck der Ausführung des Transports in Bewegung setzt [1]), so ist es quaestio facti, ob der eine oder der andere Ort als der des Beginns der Ausführung erscheint. Von Einfluss auf die Beurtheilung kann es werden, wenn die Fracht erkennbar nach der Länge des Wegs vom Abfahrtsort bis zum Bestimmungsort oder nur vom Ort, wo das Gut verladen wurde, bis dahin berechnet wurde. Im ersteren Fall ist der Antritt der Zureise [2]) als Beginn der Ausführung des Fracht-

[1]) Es ist an sich gleichgültig, ob dieser Ort der Wohnort (Etablissementsort) des Frachtführers ist, oder ob an demselben die betreffenden Transportmittel sich nur zufällig befinden; ebenso ob dieser Ort der Bestimmungsort oder ein dritter Ort ist.

[2]) Siehe über diesen Begriff Art. 642.

vertrags anzusehen, also auch der Gebrauch des Orts, an welchem sie beginnt, massgebend; im ersteren Fall ist es der des Verladungsorts. **Art. 394.**

Häufig, aber nicht immer, ist es als in der Absicht der Contrahenten liegend anzusehen, dass der Frachtführer das Gut bei der nächsten Reise, welche er antritt, befördert. Insbesondere ist dies oft der Fall, wenn der Frachtführer periodisch wiederkehrende Reisen unternimmt. Von Einfluss kann hierbei die Grösse und Beschaffenheit des Guts sein. Siehe übrigens Art. 422 Abs. 3. §. 3.

Binnen einer den Umständen des Falls angemessenen Frist. Ob diese Frist eingehalten worden oder nicht, hat der Richter bei einem künftigen Rechtsstreit über die Rechtzeitigkeit der Ablieferung oder über die Rechtmässigkeit des Abgehens vom Frachtvertrag Seitens des Absenders zu entscheiden. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass, wenn dies nach dem in Frage kommenden Processrecht zulässig ist, der Richter schon vor Antritt der Reise um eine Fristsetzung, bezüglich um einen Ausspruch, welche Frist als die angemessene erscheine, angegangen werde. Der Antrag, durch eine besondere Bestimmung im Gesetzbuch dem Richter eine solche Befugniss allgemein zu ertheilen, wurde schliesslich verworfen [3]). §. 4.

3) Der in erster Lesung gefasste Beschluss, dass beim Mangel eines Ortsgebrauchs der Richter nach billigem Ermessen zu entscheiden habe (Protokolle S. 788), war im Entwurf erster Lesung (Art. 334) und zweiter Lesung (Art. 370) so redigirt: „— durch den Ortsgebrauch und in dessen Ermangelung durch das richterliche Ermessen bestimmt."

In dritter Lesung wurde gegen diese Fassung das Bedenken erhoben, dass durch dieselbe „dem Richter die Aufgabe gesetzt werde, den Vertrag zu ergänzen und festzusetzen, innerhalb welcher Frist der Frachtführer die Reise anzutreten schuldig sei". Vor dieser Festsetzung, deren definitive Erledigung (ohne Einführung eines Verfahrens, wonach den Ordonnanzen des Gerichtspräsidenten die Kraft einer endgültigen Entscheidung der Sache beigelegt werde) sich sehr lange hinausziehen könne, werde der Frachtführer gar nicht in Verzug kommen. Dadurch sei der Verkehr sehr benachtheiligt. Hiergegen wurde bemerkt: Zunächst sei es Sache der Parteien selbst, zu erwägen, welche Frist als die richtige angenommen werden müsse, sodann müsse es aber auch „den Parteien unbenommen sein, noch vor dem Antritt der Reise die Entscheidung des Richters zu veranlassen, z. B. wenn der Absender behaupte, der Frachtführer habe bereits die für Antretung der Reise nach Lage der Umstände angemessene Frist verstreichen lassen und sei noch immer nicht bereit dieselbe anzutreten, der Frachtführer aber behaupte, dass nach Gestalt der Verhältnisse noch immer die betreffende Frist im Laufe sei. In einem solchen Fall werde es Sache des Richters sein, die Frist festzusetzen und auszusprechen, dass der Frachtführer innerhalb dieser Frist die Reise anzutreten schuldig sei, und seinem Ausspruche den Vollzug zu sichern. Unter Umständen werde sein Ausspruch aber auch dahin lauten müssen, dass die angemessene Frist abgelaufen, der Zweck der Reise verfehlt, das Frachtgut deshalb dem Befrachter zurückzugeben und der Frachtführer schadensersatzpflichtig sei. Es werde voraussichtlich in keinem Staate an einem solchen summarischen Verfahren fehlen, in welchem ein solcher Ausspruch des Gerichts in einer zweckentsprechenden kurzen Zeit unter Anhörung des Gegentheils erzielt werden könne. Der Einführung eines Ordon-

Art. 394. §. 5. **Absatz 2** beabsichtigt nicht, wie dies im Seerecht (Art. 581 ff. 630 ff.) geschehen, die Lehre von der Aufhebung des Frachtvertrags und dem Recht von demselben abzugehen eingehend zu hehandeln, sondern lediglich über den Fall zu disponiren, wenn durch Zufall der Antritt oder die Fortsetzung der Reise zeitweilig verhindert ist. Nicht behandelt wird mithin sowohl der Fall, wenn die Ausführung der Reise unmöglich wird, als auch der, wenn die Verhinderung auf dem Verschulden eines der Contrahenten beruht.

Für den Fall nun, dass der Antritt oder die Fortsetzung der Reise zeitweilig verhindert wird, gewährt das Gesetz dem Absender (nicht auch dem Frachtführer) das Recht für die Zukunft vom Vertrag abzugehen.

Zu dem den Antritt oder die Fortsetzung der Reise zeitweilig verhindernden Zufall gehören nicht Ereignisse, welche in Betreff des zu transportirenden Guts sich zutragen, z. B. ein Ereigniss, welches dasselbe in einen Zustand versetzt hat, der den Transport als unzweckmässig erscheinen lässt (z. B. Durchnässung) oder der die rechtzeitige Herbeischaffung desselben verhindert hat oder in Folge dessen der Transport oder Weitertransport verboten wird u. s. w.

§. 6. **Zeitweilig verhindert.** Welche Dauer ein durch casus herbeigeführter Aufenthalt haben müsse, um als „zeitweilige Verhinderung der Reise" zu erscheinen, ist quaestio facti. In Betracht kommt insbesondere die Dauer der ganzen beabsichtigten Reise, das Interesse des Absenders an schleuniger Ankunft, der Grad der Möglichkeit des Eintritts eines Verlusts in Folge der Verzögerung der Ankunft oder der Unausführbarkeit des Transports überhaupt bei längerem Verweilen, z. B. bei drohendem Eisgang u. s. w.

§. 7. **Sofern demselben kein Verschulden zur Last fällt.** Ein casuelles Ereigniss kann zwar die nächste Ursache der zeitweiligen Verhinderung der Reise bilden. Die Möglichkeit des Eintritts dieses Zufalls kann aber durch das Verschulden des Frachtführers herbeigeführt sein,

nanzverfahrens, die allerdings für die einzelne hier in Frage stehende Angelegenheit sich nicht empfehlen würde, bedürfe es demnach gar nicht. Die Entscheidung des Richters könne aber auch nach Antritt und Vollendung der Reise erfolgen, wenn es sich darum handle zu entscheiden, ob der Frachtführer mit dem Antritt der Reise zu lange gesäumt habe und schadensersatzpflichtig sei oder nicht." Hierauf wurde die Fassung angenommen:

„— durch den Ortsgebrauch bestimmt. In dessen Ermangelung richtet sie sich nach den Umständen des Falls."

„Im letzteren Fall kann jede der Parteien den Richter um Feststellung der Frist angehen."

(Protokolle S. 4676 bis 4680.) Bei einer späteren Verhandlung wurde aber der angenommene zweite Absatz als mit dem gemeinen Process nicht vereinbar gestrichen. (Protokolle S. 4726 bis 4728.)

indem derselbe die Reise nicht früher begonnen oder irgend welche Vorsichtsmassregeln versäumt hatte. Der Absender kann hier einfach auf Grund der nächsten Ursache abgehen, der Entschädigungsforderung des Frachtführers aber die Einrede eigener Verschuldung entgegensetzen. **Art. 394.**

Ansprüche in Beziehung auf die bereits zurückgelegte Reise. Ueber die bei Berechnung der sogenannten Distanzfracht in Anschlag kommenden Momente vergl. Art. 633.

Art. 395.

Der Frachtführer haftet für den Schaden, welcher durch Verlust oder Beschädigung des Frachtguts seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist, sofern er nicht beweist, dass der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt (vis major) oder durch die natürliche Beschaffenheit des Guts, namentlich durch inneren Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage u. dergl. oder durch äusserlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist. **Art. 395.**

Für Kostbarkeiten, Gelder und Werthpapiere haftet der Frachtführer nur dann, wenn ihm diese Beschaffenheit oder der Werth des Guts angegeben ist.

Preuss. Entwurf Art. 310. — Entwurf I. Lesung Art. 335. — Entwurf II. Lesung Art. 371.

Protok. S. 793 bis 795. — 1229. — 4692 bis 4699. 4703 bis 4708. 4716 bis 4719. 4730 f. 5094. — Monita 438 bis 441. 456.

I. Vorbemerkung. Die Frage nach der Haftung des Frachtführers wird gewöhnlich so formulirt: haftet der Frachtführer lediglich aus der locatio conductio, und steht er daher nur ein für den Schaden, der durch die Nichtanwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers entstanden ist, oder ist ihm aus besonderen Gründen noch eine weitere Haftung auferlegt, indem er aus dem receptum für jeden Schaden, vorausgesetzt, dass derselbe nicht durch vis major etc. entstanden ist, einsteht? Diese Fragestellung ist deswegen ungenau, weil schon nach römischem Recht der conductor operis in einem weiteren als dem angegebenen Umfang haftet. Keinesfalls aber kann ich es für zulässig halten, bei der Interpretation des Handelsgesetzbuchs den Unterschied zwischen einer §. 1.

Art. 395. vertragsmässig übernommenen und einer durch besondere gesetzliche Vorschrift aufgelegten Verpflichtung festzuhalten. Enthält das Gesetzbuch in dem Titel, welcher das Frachtgeschäft regeln soll, eine Bestimmung über die Haftung des Frachtführers, so bildet diese ein Glied des Systems; sie ist in Zusammenhang und Zusammenhalt mit den übrigen Gliedern desselben zu interpretiren, aus ihr ist, wie aus anderen Gliedern, die richtige Natur des fraglichen Geschäfts zu erklären und die aus anderen Gliedern gewonnenen Resultate sind zu ihrer Erklärung zu verwenden.

§. 2. Alle Bestimmungen dieses Titels gehen davon aus, dass der Frachtführer „den Transport übernimmt“, nicht dass er seine Dienste zur Beförderung einer Sache vermiethet. Gegenstand des Frachtvertrags sind nicht die einzelnen zur Beförderung des Guts erforderlichen Handlungen, sondern das Resultat dieser Handlungen, die Beförderung selbst [1]). Der Frachtführer übernimmt es das Gut an den Ablieferungsort zu schaffen, und zwar unbeschädigt dahin zu schaffen.

Es soll nun zunächst untersucht werden, was für die Haftung des Frachtführers aus dieser rechtlichen Natur des Frachtvertrags folgt.

§. 3. **II. Die Haftung des Frachtführers für Verlust und Beschädigung nach allgemeinen Grundsätzen.**

Die Ereignisse, welche auf das Gut beschädigend einwirken können, sind verschiedener Art. Hiernach kann sich die Haftung für den Schaden verschieden gestalten.

1) Die Transporthandlungen. Dieser Begriff ist im weitesten Umfang zu fassen, so dass er nicht nur die unmittelbar zum Zweck der Fortbewegung des Guts, sondern auch die zum Auf- und Abladen, Aufbewahren etc. vorgenommenen Handlungen umfasst. Diese Handlungen nimmt der Frachtführer zur Ausführung seiner Vertragsobliegenheiten vor oder lässt sie durch Andere vornehmen. Sie selbst aber bilden nicht den Gegenstand des Frachtvertrags, dieser ist vielmehr der Transport selbst. Welche einzelnen Handlungen der Frachtführer vornimmt, welche Transportmittel er benutzt, welcher Leute er sich bedient, ist lediglich seiner Willkür überlassen. Ebensowenig wie der Absender die Vornahme der einzelnen Handlung verlangen kann, sondern nur Anspruch auf die

[1]) Nach römischer Terminologie ist der Frachtvertrag keine locatio conductio operarum, sondern operis. Diese Unterscheidung, weit entfernt eine überflüssige Schuldistinction zu sein, ist durch den zwischen beiden Rechtsverhältnissen bestehenden Unterschied geboten. Hiergegen spricht auch nicht, dass es im einzelnen Fall zweifelhaft sein kann, ob das eine oder das andere Rechtsverhältniss vorliegt, denn solche Zweifel entstehen ebenso häufig Betreffs ganz verschieden benannter Rechtsverhältnisse. Gerechtfertigter noch, als die Unterscheidung zu verwerfen, würde es sein, das Gemeinsame in der Benennung beider Rechtsverhältnisse aufzugeben.

Erzielung des Resultats, den Transport, hat, ebensowenig braucht er sich auch vom Frachtführer eine Bezugnahme auf die einzelnen Handlungen und den Nachweis, dass ihn in Betreff derselben kein Verschulden treffe, gefallen zu lassen [2]). Art. 395.

Daraus folgt [3]), dass, wenn der Verlust oder die Beschädigung des Guts die Folge irgend einer zum Zweck des Transports (im weiteren

[2]) Gerade der Umstand, dass derjenige, welcher ein bestimmtes Resultat durch fremde Thätigkeit erreichen will, weder zu beurtheilen vermag, welche einzelne Handlungen dazu zweckmässig vorzunehmen sind, noch in der Lage ist, die betreffenden Verträge vortheilhaft abzuschliessen oder deren Ausführung zu controliren, oder dass er die Sorge dafür nicht übernehmen will, wirkt in vielen Fällen darauf ein, dass er einer anderen dazu geeigneten (sachverständigen, oft auch gewerbemässig sich damit befassenden) Person die Erreichung des Resultats selbst überträgt. Statt Baumaterialien selbst zu kaufen und mit Maurern, Zimmerleuten etc. Arbeitsverträge (loc. cond. operarum) abzuschliessen, bez. verschiedenen Personen die Ausführung einzelner opera zu übertragen, giebt der Bauherr einem Baumeister den Bau selbst in Accord. — Bei Versendungen tritt dieser Gesichtspunkt besonders prägnant hervor. Bei denselben ist insbesondere die Controlirung der einzelnen Transporthandlungen meistens thatsächlich unmöglich und die Zerlegung in einzelne opera nur ausnahmsweise zweckmässig. Die Ablehnung der Sorge für die Vornahme und Ausführung der einzelnen Transporthandlungen und die Abwälzung dieser Sorge auf den Frachtführer erscheint also hier durch die Verhältnisse geboten, ist mithin als von den Parteien gewollt anzunehmen.

[3]) Ubbelohde in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VII, S. 224 bezeichnet es als eine baare petitio principii, dass die Haftung für die Gehülfen aus der Natur der obligatio operis hervorgehe. Nähme man allerdings an, dass der conductor operis überall nicht hafte, wenn die Ausführung des opus „vereitelt worden ist durch die Schuld eines beliebigen Dritten", dann wäre es richtig, dass „das Räthsel gerade darin liege, dass die eine Thatsache als Casus für den Conductor betrachtet werde, die andere nicht". Aber so liegt die Sache nicht. Nicht die Thatsache allein, dass die Ausführung vereitelt worden ist durch die Schuld eines beliebigen Dritten, exculpirt den Conductor, sondern dass sie unmöglich geworden ist in Folge eines mit den Ausführungshandlungen nicht in Zusammenhang stehenden diese oder die Sache, in Bezug auf welche sie vorgenommen werden sollte, betreffenden Ereignisses. Ist aber ein solches der Ausführung sich entgegenstellendes Ereigniss der Art, dass seine Einwirkung auf die Ausführung beseitigt werden kann oder konnte, so kann der Conductor sich nicht auf dasselbe berufen, kann also insofern auch für einen Dritten (Nichtgehülfen) einstehen müssen. Mit anderen Worten: aus dem Wesen der conductio operis folgt nicht, dass der Conductor nur für seine Gehülfen einsteht, sondern dass er auch für diese einsteht. Etwas Anderes ist aber auch in der Stelle, gegen welche Ubbelohde seine Polemik hauptsächlich gerichtet hat, nicht gesagt. Möglich, dass in derselben der Ausdruck: „eigentlicher Casus" nicht ganz correct ist, im Uebrigen aber scheint mir dieselbe so prägnant die eben vertretene Ansicht auszusprechen, dass ich sie, wie sie von Ubbelohde (a. a. O. S. 221 f. aus: Zwei Urtheile Zürcherischer Gerichte und Rechtsgutachten der Juristenfacultät Halle-Wittenberg. Zürich 1847, S. 54 ff.) angeführt ist, hier folgen lasse:

„Gerade das ist das Charakteristische der locatio conductio operis, dass nicht die einzelne Thätigkeit, sondern die universitas consummationis, das ἀποτέλεσμα, den Inhalt der dem conductor obliegenden Leistung ausmacht. Zwar kann er zu dieser Vollendung sich der Beihülfe Anderer bedienen; so lange er aber diese consummatio nicht unmittelbar oder mittelbar bewirkt hat, ist er seiner contractlichen Verbindlichkeit überall noch gar nicht, auch nicht theilweise nachgekommen; die Contractsklage geht also gegen ihn immer noch auf Erfüllung, oder, insofern diese nunmehr unmöglich geworden ist, auf die Leistung des Interesses. Nur wenn ein

Art. 395. Sinn), sei es von ihm selbst, sei es von seinen Leuten oder einer anderen Person, deren er sich bei Ausführung des Transports bedient, vorgenommenen Handlung ist, er dafür zu haften hat, ohne sich darauf berufen zu können, dass bei Vornahme dieser Thätigkeit die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers angewandt worden sei [4]. Im Besondern kann er sich nicht darauf berufen, dass er bei der Auswahl seiner Leute oder der anderen Personen die erforderliche Sorgfalt angewandt habe. Bricht also z. B. die Axe des Frachtwagens, reisst ein Strick, stürzt ein Pferd, zerbricht die Locomotive [5]), fällt beim Auf- oder Abladen das Collo zu Boden u. s. w., und wird in Folge dessen das Gut beschädigt, so genügt es nicht, dass der Frachtführer beweist, die Axe, der Strick, die Locomotive sei solid angefertigt gewesen und ihre Tüchtigkeit sei fortwährend in der Weise untersucht worden, wie man es von einem ordentlichen Frachtführer nur verlangen könne, die beim Auf- und Abladen beschäftigten Personen besässen die nöthige Körperstärke und Sachkenntniss, hätten auch sonst immer mit der gehörigen Sorgfalt gearbeitet: der Frachtführer hat vielmehr für den Ersatz der Transporthandlungen einzustehen und hat insoweit also auch die Tragung von Casus übernommen. Geht diese Uebernahme aber auch auf allen Casus?

eigentlicher Casus, d. h. entweder ein Naturereigniss, oder eine von dritten, der Erfüllungspflicht vollkommen fremden Personen, ausgehende vis major die Erfüllung unmöglich macht, ist der conductor operis dafür nicht verantwortlich. Eben dadurch erklärt es sich denn, wie die römischen Juristen sagen konnten, der conductor, insbesondere der Werkmeister, trage bis zur vollendeten Ausführung, zu welcher, wenn ein Werk, z. B. ein Gebäude, zu vollenden war, noch die adprobatio kommen musste, das Periculum, obwohl er doch für den Casus nicht einzustehen hat. Da nun gerade jene Eigenthümlichkeit, dass die Leistung des conductor lediglich in der untheilbaren consummatio besteht, nur von der conductio operis, keineswegs aber von der conductio rei, von der locatio operarum, oder von der negotiorum gestio gilt, so leuchtet ein, dass die von diesen hergenommenen Argumente völlig irrelevant sind und dass kein Grund vorliegt, die klaren Bestimmungen der l. 25 §. 7 locati conducti durch willkürliche Interpretation zu beseitigen."

Auch in dem von Ubbelohde S. 272 f. besprochenen Fall ist es so recht evident, wie die übertragene und übernommene Ausführung des Opus unter Abstraction von den einzelnen dazu erforderlichen Handluugen es ist, welches die „Ueberzeugung des Publicums" von der Haftung des conductor (Schneiders) bedingt.

Dass übrigens der „rechtliche Wille, wie ihn ehrliche und zugleich verständige Leute bei der einzelnen Obligation haben würden, wenn sie dieselbe in ihre Eventualitäten verfolgten" (a. a. O. S. 246), auf dessen Erforschung Ubbelohde mit Recht grosses Gewicht legt, auch bei der Ableitung der Haftung des Frachtführers aus der conductio operis zu berücksichtigen ist, zeigt sich in der folgenden Darstellung.

[4]) Dies ist von besonderer Wichtigkeit bei den von grossen Transportunternehmungen übernommenen Frachtgeschäften, indem der Frachtführer selbst (der Principal) die Transporthandlungen nicht in eigener Person vorzunehmen pflegt, beziehungsweise gar nicht vornehmen kann.

[5]) Auch die Eisenbahn selbst, d. h. der Schienenweg, ist als Privatweg des Frachtführers — Transportmittel in diesem Sinn. Der Frachtführer hat für die gute Beschaffenheit desselben einzustehen.

Es kann vorkommen, dass der Frachtführer bei der Vornahme der einzelnen Transporthandlungen nicht nur mit der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers verfahren ist, sondern dass dieselben auch zur Ausführung des vertragsmässig übernommenen Opus, der unbeschädigten Transportirung des Guts geführt haben würden. Es ist aber ein Ereigniss eingetreten, welches auf eine einzelne Transporthandlung oder ein einzelnes Transportmittel so eingewirkt hat, dass dadurch eine Beschädigung des Guts herbeigeführt worden ist. Ist nun dieses Ereigniss so beschaffen, dass dessen Eintritt oder beschädigende Einwirkung nicht hat abgehalten werden können, so ist damit die Unmöglichkeit eingetreten, das übernommene Opus auszuführen. Der Frachtführer ist daher, soweit diese Unmöglichkeit reicht, nach allgemeinen Grundsätzen von der Haftung wegen der Nichterfüllung befreit [6]). **Art. 395.**

2) Naturereignisse. Da das Gut während des Transports der Zerstörung und Beschädigung durch sogenannte Naturereignisse ausgesetzt, der Absender aber regelmässig ausser Stand ist, es dagegen zu schützen, so liegt es nahe, dass der Frachtführer den Schutz übernimmt. Er kann dies in der Art thun, dass er gewisse Handlungen oder eine gewisse Sorgfalt verspricht, er kann aber auch den Schutz selbst als Resultat übernehmen. Ist der Transport übernommen und hinsichtlich dieses Schutzes nichts Besonderes ausgemacht, so ist anzunehmen, dass die Verpflichtung in diesem letzteren Umfang durch den Frachtvertrag übernommen worden ist, und es gilt das oben unter Nr. 1 über die einzelnen Handlungen Bemerkte. §. 4.

Wie dort, cessirt aber auch hier die Haftung des Frachtführers, wenn das beschädigende Naturereigniss der Art war, dass dasselbe, beziehungsweise seine beschädigende Einwirkung nicht hat abgehalten werden können, wenn also die Ausführung des übernommenen Opus unmöglich war.

3) Zerstörung, Beschädigung durch Menschenhand, Entwendung. Vom Schutz des Guts hiergegen gilt dasselbe wie vom Schutz gegen Naturereignisse. Es ist anzunehmen, dass mit und in der Uebernahme des Transports auch dieser Schutz als Ganzes übernommen sei, aber natürlich kann dies nur soweit geschehen sein, als der Schutz möglicher Weise geleistet werden kann. §. 5.

4) Natürliche Beschaffenheit des Guts. Die Veranlassung zum Untergang oder zur Beschädigung des Guts kann in der natürlichen §. 6.

6) Auf das Nähere, wann eine solche Unmöglichkeit anzunehmen ist, wird unten (§. 10 f.) näher eingegangen.

Art. 395. Beschaffenheit desselben liegen, und zwar in der Art, dass der Schade auch ohne den Transport eingetreten sein würde, oder dass die Beschaffenheit in Verbindung mit den als eine nothwendige Folge jedes Transports, beziehungsweise eines ordnungsmässigen oder des verabredeten Transports erscheinenden Thatsachen (Bewegung, Temperaturveränderung, Berührung mit anderen Sachen etc.) den Schaden verursacht hat. — Auch dafür, dass ein solcher Schade nicht eintrete, kann der Frachtführer aufzukommen versprechen. Es ist dies aber eine so selbständige, von den übrigen Verpflichtungen des Frachtführers unabhängige Verpflichtung, dass ohne eine ausdrückliche Erklärung desselben ihre Uebernahme nicht angenommen werden kann.

§. 7. 5) Mängel der Verpackung. Der Absender ist verpflichtet, dem Frachtführer das Gut in einer zum Transport geeigneten Beschaffenheit zu übergeben; ob verpackt oder nicht und in welcher Weise verpackt, richtet sich in Ermangelung besonderer Uebereinkunft nach der Beschaffenheit des Guts und der Art des Transports, insbesondere also nach der Beschaffenheit des Transportmittels (Frachtwagen, geschlossener oder offener Eisenbahnwagen, Möbelwagen, offenes oder verdecktes Schiff etc.), der Dauer der Reise, der örtlichen Richtung derselben, der Jahreszeit etc. Die Verpackung muss so beschaffen sein, dass sie unter Voraussetzung ordnungsmässiger Behandlung geeignet erscheint, die Waare vor Beschädigung oder Verlust zu sichern. Der Frachtführer darf eine solche Beschaffenheit der Verpackung voraussetzen und hat mit Bezug darauf seine Vorkehrungen zu treffen. Daher ist der in Folge von Mängeln der Verpackung entstandene Schade an sich vom Frachtführer nicht zu tragen. Ist ein solcher Mangel jedoch äusserlich erkennbar, so verlangt es die bona fides, dass der Frachtführer den Absender speciell darauf aufmerksam mache, damit dieser im Stande sei, sein Interesse zu wahren. Nimmt er eine solche Anzeige nicht vor, so steht ihm, wenn er geltend macht, dass der Schade aus der mangelhaften Verpackung entstanden sei, eine exceptio doli entgegen [7]).

§. 8. 6) **Nicht erkennbarer Grund der Beschädigung.** Das Gut kann verloren oder beschädigt sein, ohne dass erhellt, was die Beschädigung hervorgerufen oder wodurch der Verlust veranlasst worden ist. Da der den Transport übernehmende Frachtführer das Gut abzuliefern, und zwar unverletzt abzuliefern verpflichtet ist, so hat er, wenn das Gut abhanden gekommen oder beschädigt ist, zu beweisen, dass dieser Schaden aus einer

[7]) Durch diese Auffassung erledigen sich auch die von Schlomka (Busch's Archiv Bd. II, S. 443) gegen die betreffende Bestimmung des Art. 395 erhobenen Bedenken.

Thatsache entsprungen ist, welche er nicht zu vertreten hat. Er trägt daher auch die Gefahr des Beweises. **Art. 395.**

III. Die Bestimmungen des Gesetzbuchs. Eine Vergleichung der Bestimmungen des Gesetzbuchs in Art. 395 und 400 ergiebt, dass dieses **§. 9.**

1) den Satz unter Nr. II. 6 anerkennt, indem es dem Frachtführer die Haftung für allen durch Verlust oder Beschädigung des Guts entstandenen Schaden auflegt, wenn er nicht dessen Veranlassung durch eine Thatsache erweist, für welche er nicht einzustehen hat.

2) Ferner erkennt das Gesetzbuch an, dass er den durch die natürliche Beschaffenheit des Guts und

3) durch äusserlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstandenen Schaden zu tragen hat, stimmt also mit den unter II. Nr. 4 und 5 entwickelten Sätzen überein. Ebenso ist

4) anerkannt, dass er die von seinen Leuten und von anderen Personen, deren er sich beim Transport bedient, vorgenommenen Transporthandlungen zu vertreten hat. Man kann dies schon in Art. 395 finden. Jedenfalls ist es in Art. 400 ausdrücklich ausgesprochen. Endlich aber stimmt auch

5) der Satz, dass der Frachtführer (abgesehen von den unter 2 und 3 erwähnten Fällen) für allen Schaden haftet, welcher nicht durch höhere Gewalt entstanden ist, mit den unter II. 1. 2. 3 aufgestellten Sätzen überein. Es kann nämlich wohl Folgendes als unbestritten aufgestellt werden.

Höhere Gewalt (vis major) ist nach dem Sprachgebrauch aller Rechte nicht nur eine von sogenannter höherer Hand gesendete Gewalt (vis divina, θεοῦ βία), sondern kann auch von Menschenhand ausgehen. Höher (major) bezeichnet das Verhältniss zu der dem Ereigniss entgegenzusetzenden Widerstandskraft, genauer zu derjenigen Thätigkeit, welche zur Vermeidung des Eintritts oder der beschädigenden Einwirkung des Ereignisses auf das Gut vorzunehmen ist. Ein Ereigniss, dessen Eintritt oder Einwirkung durch diese Thätigkeit nicht verhindert werden kann, wird darum als höhere Gewalt bezeichnet — vis cui resisti nequit. Höhere Gewalt ist also eine Bezeichnung für die Ereignisse, deren Wirkungen nach dem oben unter II. 1. 2. 3 Bemerkten vom Frachtführer nicht zu vertreten sind.

Es findet sich sonach eine Uebereinstimmung der im Gesetz formulirten Bestimmungen mit den unter Nr. II. entwickelten Sätzen, und es würde nunmehr genauer zu untersuchen sein, was als ein unabwendbares Ereigniss anzusehen ist.

IV. Umfang des Begriffs der höheren Gewalt. Dass unter dem Begriff der höheren Gewalt jedenfalls ein Ereigniss zu verstehen ist, dessen **§. 10.**

Art. 395. beschädigender Einwirkung durch keine Menschenkraft wirksam entgegengetreten werden kann, ist evident. Nun sind aber nur wenige Ereignisse dieser Art denkbar. Die Transportmittel können so construirt, die Personen zur Besorgung des Transports und zur Sicherung des Guts so zahlreich zugezogen sein, dass nur unter ganz ausserordentlichen Umständen ein Naturereigniss oder eine Menschenhand einen schädigenden Einfluss auszuüben im Stande ist. Sind alle diese Vorkehrungen getroffen, haben sie gehörig functionirt, und tritt trotzdem ein das Gut unmittelbar (Nr. II. 2. 3) oder mittelbar (Nr. II. 1) beschädigendes Ereigniss ein, so cessirt die Haftung des Frachtführers. — Aber auch nur in diesem Fall?

Allerdings kann der Vertrag im einzelnen Fall dahin gegangen sein, dass der Frachtführer nur in diesem Fall von Haftung befreit sein soll. Ist dies aber als der allgemeine, als der vernünftige Verkehrswille [8]) anzunehmen, so dass also auch ohne Verabredung der Frachtführer durch Uebernahme des Transports an sich für alle nicht durch eine derartige höhere Gewalt entstandenen Schaden haftet?

§. 11. Der Frachtführer betreibt sein Gewerbe nicht in liberaler Absicht. Die Kosten, welche er auf den Transport verwendet, sollen durch das, was er aus den Frachtverträgen erwirbt, mindestens gedeckt werden. Soll er nun allen Schaden tragen, der überhaupt durch irgend welche Vorkehrungen hätte vermieden werden können, so giebt es zwei Möglichkeiten für sein Verhalten.

Die erste ist, dass er alle jene Vorkehrungen wirklich trifft und die daraus erwachsenen Kosten den sonstigen Kosten des Transports zuzählt und danach den Frachtlohn berechnet. Es bedarf keiner Ausführung, dass diese Möglichkeit eine wirthschaftliche Unmöglichkeit ist. Wollte der Frachtführer absolut wasser-, feuer-, bombenfeste Güterschuppen errichten, Wagen bauen, in welchen auch bei gewaltsamem Umsturz die Güter unversehrt bleiben, immer Aushülfspersonen bereit halten, welche, wenn die mit dem Transport zunächst beauftragten Personen von einem Unfall betroffen werden, an deren Stelle treten, jedem Transport bewaffnete Bedeckung mitgeben etc. etc., so würden die Kosten dafür so sehr ausser Verhältniss zu dem Erfolg, der durch diese Massregeln erreicht werden soll, stehen, dass kein Absender den dadurch erhöhten Frachtlohn zahlen würde.

Die andere Möglichkeit ist die, dass der Frachtführer von den angeführten Erwägungen geleitet die betreffenden Massregeln nicht oder

[8]) S. o. Note 3 a. E.

nur in geringerem Umfang träfe, den Schaden riskirte, sich aber für die Uebernahme dieses Risico bezahlen liesse, mit anderen Worten als Versicherer der betreffenden Gefahren auftrete. **Art. 395.**

Die Uebernahme einer Versicherung durch den Frachtführer erscheint unter Umständen wirthschaftlich gerechtfertigt. Ist sie es aber auch nach dieser Richtung? Kann die Uebernahme dieser Versicherung als im allgemeinen Verkehrswillen liegend angenommen werden?

Es ist wahr, indem der Frachtführer, auch wenn er alle Sorgfalt Betreffs der einzelnen Transporthandlungen und der Auswahl seiner Leute angewandt hat, doch für den durch die Transporthandlungen sowie für den durch seine Leute überhaupt herbeigeführten Schaden haftet, hat er in der That für Casus zu haften. Aber nicht nur steht dieser Casus in einer unmittelbaren Verbindung mit seinen eigenen Handlungen, deren Vornahme im Einzelnen völlig von seiner Willkür abhängt (denn nicht die einzelnen Handlungen sind das Vertragsobject, s. o. §. 3), sondern es ist auch in den meisten Fällen schwierig, in diesen Beziehungen eine genaue Scheidung zwischen Casus und Culpa vorzunehmen. Ganz anderer Art ist dagegen derjenige Casus, welcher von aussen her auf das Gut unmittelbar oder mittelbar einwirkt und welcher eben als ein von aussen kommender mit den vom Frachtführer vorzunehmenden Handlungen nicht in Causalzusammenhang stehen kann. Es kann daher von der Uebernahme der Haftung für jenen Casus nicht darauf geschlossen werden, dass der Frachtführer als solcher auch diesen Casus zu übernehmen habe, und es liegt überhaupt kein Grund vor, den Frachtführer als besonders geeignet anzusehen in Bezug auf diese Gefahr als Versicherer aufzutreten. Im Gegentheil qualificiren sich insbesondere Frachtführer von geringerem Gewerbeumfang nicht als Versicherer. Eben wegen dieses geringen Gewerbeumfangs sind sie gar nicht im Stande das Versicherungsgeschäft nach bestimmten, auf Grund der Wahrscheinlichkeitsberechnung beruhenden Regeln einzurichten und zu betreiben. Sie können nie mit einiger Sicherheit darauf rechnen, dass sich etwaige Verluste durch die gewonnenen Prämien ausgleichen werden. Die einzelne Geschäftsübernahme bleibt für sie ein gewagtes Geschäft und der Versicherte hat andererseits nicht die Garantie, dass die im Frachtgeld gezahlte Prämie als ein entsprechendes Aequivalent für die Uebernahme der betreffenden Gefahr erscheint [9]). Dazu kommt endlich, dass der Versicherte keine Sicherheit dafür hat, der Frachtführer werde im Stande sein, einen Schaden von einiger-

[9]) Vergl. Ubbelohde a. a. O. (s. o. Note 3) S. 275. Endemann in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. IX, S. 518.

Art. 395. massen grösserem Umfang auch wirklich zu ersetzen, und dass er doch immer nicht gegen diejenigen Gefahren gesichert sein würde, welche aus einer vis major in dem oben angeführten beschränkten Sinn hervorgehen, dass er also, wenn er gegen alle Gefahren geschützt sein will, doch gegen diese noch eine besondere Versicherung nehmen müsste.

§. 12. Bei dieser Sachlage kann nicht angenommen werden, dass der allgemeine (vernünftige) Verkehrswille dahin gerichtet ist, dass der Frachtführer als solcher auch die Gefahr solcher äusserer Ereignisse übernimmt, deren Vermeidung, wenn er sein Frachtgeschäft nach vernünftigen Verkehrsregeln betreibt und gegen den Verlust und die Beschädigungen des Guts diejenigen Vorkehrungen trifft, welche im Verhältniss zu dem durch dieselben zu erreichenden Erfolg stehen, an sich unmöglich ist, hinsichtlich deren er mithin als reiner Versicherer dastehen würde.

§. 13. Diese Auffassung steht aber auch mit der Natur des Transports als eines Opus deswegen nicht in Widerspruch, weil, wenngleich das Opus selbst den Vertragsgegenstand bildet, die Contrahenten dasselbe doch in der Regel nicht ganz abstract ins Auge fassen, sondern die Modalitäten des Transports berücksichtigen [10]). Der Absender weiss, in welcher Weise ein Transport von einem Fuhrmann, von einer Eisenbahn, von einem Flussschiffer ausgeführt zu werden pflegt, er kennt die Sicherungsmassregeln gegen Verlust und Beschädigung, welche ein Frachtführer dieser Art ordnungsmässig anzuwenden hat, er kann mithin auch übersehen, welchen Gefahren das Gut auf dem einzelnen Transport in der Art ausgesetzt ist, dass der Frachtführer dieselben abzuwenden nicht im Stande ist. Es ist daher zu vermuthen, dass der Transport in der für die einzelne Transportart gemäss der allgemeinen Verkehrsanschauung als ordnungsmässig erkannten Weise als Vertragsgegenstand gemeint ist.

Aus der Natur des Opus folgt nur, dass es nicht genügt, dass der Frachtführer diejenigen Vorkehrungen zur Abwendung eines Schadens, welche er als sorgfältiger Frachtführer treffen musste, in der gehörigen

[10]) Die Frage, wie weit diese Modalitäten berücksichtigt werden, kann im einzelnen Fall für den Umfang der Haftung des Frachtführers von Bedeutung werden. Ist eine besondere Transportart verabredet, durch welche das Gut der Einwirkung äusserer Ereignisse in erhöhtem Grad ausgesetzt wird, so werden einzelne Ereignisse unter den Begriff der höheren Gewalt fallen können, welche bei einem anderen Transport nicht darunter begriffen sind. Ebenso umgekehrt. Findet keine besondere Verabredung statt, so ist anzunehmen, dass die nach der allgemeinen Verkehrsanschauung den Verhältnissen entsprechende Transportart gemeint sei.

Weise getroffen hat, sondern dass er auch für den Erfolg derselben einsteht. War der eingetretene Schade der Art, dass er durch solche Vorkehrungen überhaupt hätte abgehalten werden können, so trägt ihn der Frachtführer, auch wenn er sich keinerlei Negligenz schuldig gemacht hat. Nur dann, wenn das beschädigende Ereigniss der Art war, dass es durch solche Vorkehrungen überhaupt nicht abgehalten werden konnte — liegt höhere Gewalt, vis major, vor. Ist also auch der Massstab, der im einzelnen Fall anzulegen ist, zwar kein absoluter, sondern ein relativer, so ist er doch kein subjectiver, sondern ein objectiver [11]). Art. 395.

§. 14. Das Gesetzbuch giebt keine nähere Auskunft darüber, was es unter höherer Gewalt versteht, in der Jurisprudenz herrscht auch keineswegs eine solche Uebereinstimmung über diesen Begriff, dass die Bezugnahme auf die hergebrachte Auffassung einen genügenden Anhalt für die Interpretation des Gesetzes gäbe. Es bleibt also nur übrig auf den vernünftigen Verkehrswillen zu recurriren, und ich trage deswegen um so weniger Bedenken dies zu thun, weil meiner Ueberzeugung nach der Begriff der vis major in unseren Quellen in derselben Weise aufgefasst worden ist. Ich nehme mithin den oben entwickelten Begriff als den vom Gesetz anerkannten an, welches unter höherer Gewalt also diejenigen äusseren Ereignisse versteht, deren Vermeidung durch Vorkehrungen, welche zu dem durch dieselben zu erreichenden Erfolg nach der allgemeinen Verkehrsanschauung in vernünftigem Verhältniss stehen, unmöglich ist.

§. 15. **V. Einzelne Fälle der höheren Gewalt.** Nach der gegebenen Begriffsbestimmung ist es unmöglich von irgend einem Ereigniss zu behaupten, dass es an sich unter den Begriff der höheren Gewalt falle. Insbesondere gilt dies auch vom Diebstahl und der Beschädigung durch Feuer [12]), ebenso aber auch von der Beschädigung durch Zusammenstoss mit anderen Fahrzeugen, durch Gegenstände, welche sich auf der Fahrstrasse (im Fluss) befinden [13]), oder durch in dem nämlichen Wagen,

[11]) Vergl. über die praktische Bedeutung dieses letzteren Unterschieds die Bemerkungen zu Art. 397 §. 6.

[12]) Vergl. Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. III, S. 113; v. Kräwel in Busch's Archiv Bd. II, S. 441.

[13]) Hier wird ebenfalls mit in Betracht zu ziehen sein, ob das Stossen auf solche Hindernisse vorauszusehen war, wie das bei der in der Sammlung handelsrechtlicher Entscheidungen in Bayern Bd. I, S. 571 (s. a. Centralorgan N. F. Bd. II, S. 67) besprochenen Collision eines Schiffs mit einem Floss allerdings der Fall gewesen zu sein scheint. Abgesehen von diesem Umstand hätte in dieser Sache m. A. die Behauptung des Beklagten „dass ein Zusammenstoss unvermeidlich gewesen sei" zum Beweis verstellt werden müssen, denn wenn auch in den Entscheidungsgründen des bayerischen Handelsappellationsgerichts die Un-

Art. 395. Schiff, Lagerhaus befindliche andere Güter, in Folge Explodirens, Auslaufens, Verdunstens, Faulens derselben entstand [14]).

Dagegen erscheinen gewisse Ereignisse nie als höhere Gewalt. Dies gilt von den Handlungen (natürlich mit Inbegriff der Unterlassungen) der Leute des Frachtführers, sowie anderer Personen, deren derselbe sich bei Ausführung des Transports bedient, denn deren Handlungen werden rechtlich beurtheilt, wie wenn sie der Frachtführer selbst vorgenommen hätte [15]); ferner von Beschädigungen durch die Transportmittel, denn bei jedem Transport müssen diese so beschaffen sein, dass sie das Gut nicht beschädigen. Dagegen verliert ein Ereigniss seine Qualität als höhere Gewalt dadurch nicht, dass es das Gut nur mittelbar beschädigt, indem es zunächst auf die den Transport bewirkenden Personen oder auf die Transportmittel beschädigend einwirkt. Trifft eine äussere unabwendbare Gewalt, z. B. Blitz, Thätlichkeiten dritter Personen [16]), den den Frachtwagen führenden Fuhrknecht, den Locomotivführer, den das Gut aufladenden Arbeiter, und erscheint nach Lage der Verhältnisse nicht geboten, dass andere Personen zugegen seien, um für denselben einzutreten, oder konnte der Schade durch solche ordnungsmässig vorhandene Personen nicht abgewandt werden — so ist auch die in Folge davon erfolgte Beschädigung des Guts höhere Gewalt. Ist durch äussere un-

zulässigkeit des Beweises über die vom Frachtführer angewandte Sorgfalt mit Recht hervorgehoben wird, so ist doch der Beweis darüber, dass das beschädigende Ereigniss überhaupt unvermeidlich gewesen sei, nicht ausgeschlossen.

14) War die Explosivität eines Guts nicht declarirt und konnte aus der äusseren Beschaffenheit desselben auf diese Eigenschaft desselben auch von einem Sachverständigen nicht geschlossen werden, so wird die Zerstörung anderer Güter durch erfolgte Explosion regelmässig als vis major anzusehen sein. Das Gleiche gilt, wenn sich in Folge der nicht ordnungsmässigen (z. B. nicht luftdichten), als solche aber vom Frachtführer nicht erkennbaren Verpackung Dünste entwickeln, durch welche andere Güter beschädigt wurden, z. B. Thee durch Kampherverdunstung. Erscheint bei ordnungsmässiger Verpackung von Gütern die Beförderung oder Aufbewahrung derselben zusammen mit anderen oder mit gewissen anderen Gütern nach sachverständigem Urtheil oder bestehenden gesetzlichen oder reglementären Bestimmungen zulässig, und erfolgt die Verletzung der Verpackung der ersteren durch höhere Gewalt, so wird auch die dadurch veranlasste Beschädigung der anderen Güter regelmässig als solche aufzufassen sein.

Ist die Beschädigung durch inneren Verderb anderer Güter (Faulen, Zerfliessen etc.) entstanden, so ist in Betreff der Möglichkeit der Voraussicht dieses Unfalls und seiner Einwirkung auf andere Güter ebenfalls auf das sachverständige Urtheil zu recurriren. In einzelnen Fällen mag die Beurtheilung solcher Fälle besonders schwierig sein, z. B. in dem Fall, in welchem sich aus verladenen Stockfischen Würmchen entwickelten, die sich im ganzen Schiff verbreiteten und unter Anderem auch die Stöpsel wohlverpackter Flaschen mit Kölnischem Wasser, nachdem sie in die Kisten eingedrungen waren, zerfrassen, in Folge wovon der Inhalt ausfloss.

15) S. Bemerkungen zu Art. 400.

16) Auch plötzlicher Tod, Schlagfluss, ist hierher zu rechnen, nicht aber Umwerfen des Wagens, Bruch der Locomotive.

abwendbare Gewalt das Rad des Frachtwagens zerbrochen, ein Pferd getödtet worden, und wird dadurch der Frachtwagen umgeworfen; wird unmittelbar vor Ankunft des Eisenbahnzugs von fremder Hand eine Schiene gelockert und kommt dadurch der Zug aus dem Geleise, so ist die in Folge davon eintretende Beschädigung des Guts vis major. **Art. 395.**

VI. Einzelne Bemerkungen zu Art. 379. §. 16.

Absatz 1. Seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung. Ist es zweifelhaft, ob der Verlust oder die Beschädigung während dieser Zeit erfolgt ist, so trifft den Absender die Beweislast [17]). Er wird den Beweis meistens auf die Beschaffenheit des Guts bei der Uebernahme durch den Frachtführer richten und kann sich dazu der im Frachtbrief darüber enthaltenen Erklärung bedienen [18]).

Zur dritten Lesung war der Antrag gestellt worden (Monitum 456): „Die Haftbarkeit des Frachtführers für Verlust und Schaden wird durch Ablieferung der Güter an die Zoll- oder Steuerbehörde unterbrochen und tritt erst wieder mit der neuen Empfangnahme derselben ein.“ Dieser Antrag wurde abgelehnt. Bei Berathung desselben wurde bemerkt: „Wenn dieser Zusatz angenommen werde, seien die Vorschriften des Gesetzes über die Haftung des Frachtführers aus dem Receptum für viele Fälle fast völlig illusorisch. Nach Annahme dieses Antrags würde ein jeder Frachtführer, wenn man von ihm Ersatz des entstandenen Schadens oder den Nachweis verlangen würde, dass der stattgehabte Ver-

[17]) Die beantragte Aufnahme einer ausdrücklichen Bestimmung über die Beweislast wurde in dritter Lesung „als nicht allein überflüssig, sondern auch in hohem Grade bedenklich“ verworfen. „Sie führe leicht dazu, dass in allen Fällen die vorgeschriebene Beweisführung verlangt werde, bevor ein Anspruch des Absenders auf Schadensersatz Anerkennung finde. Und dies würde in vielen Fällen ungerecht sein. Wenn z. B. fünfzig Kisten verladen worden seien, welche nach der Angabe des Absenders alle eine und dieselbe Waare enthalten sollten, und von diesen Kisten eine einzige verloren gehe, die übrigen neunundvierzig aber in der That die fragliche Waare enthielten, werde kein Richter zweifeln, dass auch die funfzigste dieselbe Waare enthalten habe, und gewiss nicht noch einen besonderen Beweis hierüber verlangen. Oder wenn die verladenen Kisten und Waaren zwar vorhanden, aber sichtlich durch Feuer beschädigt worden seien, würde es eine ungerechtfertigte Belästigung des Absenders sein, wenn man von ihm bei Geltendmachung seines Anspruchs auf Ersatz des Brandschadens noch einen besonderen Beweis über die Auflieferung des Guts in unversehrtem Zustand verlangen wollte. Aehnlich verhalte es sich, wenn das Gut mit beschädigten Fustagen abgeliefert werde, oder wenn feststehe, dass dasselbe eine üble Behandlung erfahren habe, z. B. dass es von einer beträchtlichen Höhe herabgeworfen worden, und wenn aus diesen Umständen die vorhandene Beschädigung des Guts selbst genügend erklärt werden könne. In solchen Fällen müsse es dem Ermessen des Richters freistehen, von jedem Beweis über den Inhalt der Verpackung, beziehungsweise über den Zustand des Guts bei der Auflieferung Umgang zu nehmen oder sich mit einem Eide des Absenders zu begnügen, wie ja überhaupt das gemeine Recht das Ermessen des Richters in den Fällen, in denen es sich um Feststellung des Schadens handle, ziemlich frei walten lasse.“ Protok. S. 4699. 4704 bis 4708.

[18]) S. Bemerkungen zu Art. 391 §. 2 Nr. 3.

Art. 395. lust oder die Beschädigung des Frachtguts durch einen als vis major erscheinenden Zufall hervorgerufen worden seien, dann, wenn nur irgend einmal eine Ablieferung der Güter an die Zoll- oder Steuerbehörden stattgehabt habe, mit dem Einwande gehört werden müssen, dass da und dort eine solche Ablieferung des Guts stattgehabt habe, und der Verlust oder die Beschädigung auch während der Aufbewahrung desselben bei den Zoll- und Steuerbehörden entstanden sein könne, somit erst ihm der Beweis geliefert werden müsse, dass dies nicht der Fall, sondern Verlust und Beschädigung zu einer Zeit entstanden sei, in welcher er im Besitze des Frachtguts gewesen. Sodann könne nicht unbedingt behauptet werden, dass die Haftung des Frachtführers gänzlich cessiren müsse, während das Gut in dem Gewahrsam einer Zoll- oder Steuerbehörde sich befinde. Denn nach den Zoll- oder Steuergesetzen sei das Gut während dieser Zeit der Obhut des Frachtführers in der Regel nicht gänzlich entzogen, sondern diesem freigestellt, in der Niederlage die Massregeln zu treffen, welche zur Erhaltung des Guts erforderlich seien. Soweit dies der Fall sei, müsse ein Schade, welcher aus der Vernachlässigung solcher Massregeln entstehe, von dem Frachtführer ersetzt werden, welcher auch darin fehlen könne, dass er eine Massregel vernachlässige, wodurch die Haftung der Verwaltung der Niederlage begründet werde, z. B. wenn er versäume, sich eine amtliche Bescheinigung über Ablieferung rechtzeitig ertheilen zu lassen. Handelte es sich aber um einen Schaden, welchen der Frachtführer zufolge der nöthig gewordenen Ablieferung an eine Steuer- oder Zollbehörde nicht habe abwenden können, so werde er geltend machen können, dass der Schade durch höhere Gewalt entstanden sei. Einer besonderen Vorschrift hierüber bedürfe es nicht.“ Protok. S. 4730 f.

§. 17. **Sofern er nicht beweist:** s. o. §. 8. Der Frachtführer hat den Eintritt der einzelnen Thatsache, durch welche das Gut in Verlust gegangen oder beschädigt worden ist, zu beweisen sowie darzuthun, dass dieselbe unter eine der im Artikel angegebenen Kategorien fällt. Ein stricter Beweis, dass ein bestimmtes Ereigniss die Beschädigung herbeigeführt hat, wird meistens nicht zu erbringen und der Richter wird in den meisten Fällen befugt sein anzunehmen, dass, wenn eine Thatsache bewiesen wird, welche die Beschädigung hat verursachen können, die Beschädigung auch in der That eine Folge derselben gewesen sei. Eine das richterliche Ermessen irgendwie beschränkende Vermuthung nach Art der in Art. 424 Abs. 2 aufgestellten (vergl. auch Art. 855 Abs. 2) ist jedoch nicht zu statuiren. (S. a. Bemerkungen zu Art. 424 Abs. 2.)

Höhere Gewalt (vis major) s. o. §. 10 ff.

Natürliche Beschaffenheit s. o §. 6. Behauptet der Frachtführer, dass der Schade durch die natürliche Beschaffenheit des Guts entstanden sei, so kann in einzelnen Fällen die einfache Berufung hierauf genügen, z. B. wenn die Verminderung des Gewichts oder Volumen des Guts nicht in grösserem Umfang stattgefunden hat, als bei derartigen Gütern auf derartigem Transport regelmässig der Fall ist. Häufig wird er aber noch weitere Umstände darzulegen haben, z. B. die besondere Beschaffenheit des Guts bei der Uebernahme, die Beschaffenheit der Temperatur und sonstige Witterungsverhältnisse während der Reise, die Gründe, welche eine Verlängerung der Reise oder die Abweichung vom eingeschlagenen Weg und im Allgemeinen solche Umstände, welche Veranlassung gegeben, dass die aus der natürlichen Beschaffenheit des Guts hervorgegangene Beschädigung überhaupt entstehen oder einen grösseren Umfang annehmen konnte. Da ferner der Frachtführer verpflichtet ist, die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers auch dafür anzuwenden, dass der Eintritt des inneren Verderbs etc. abgewendet werde, so wird der Beweis gewöhnlich auch darauf zu richten sein, dass Vorkehrungen getroffen worden sind, um den Eintritt der Beschädigung zu verhindern oder in seinen Wirkungen zu beschränken, z. B. durch Bedecken, Trocknen, Lüften, Abkühlen (des Fasses zur Verhinderung der Gährung des Inhalts), Bearbeiten (des in dem Schiff verladenen Getreides), zweckmässiges Stauen, Abladen etc. etc. **Art. 395. §. 18.**

Gewöhnliche Leckage[19]. Leckage ist „Dringen der Flüssigkeit durch die Fugen des Gebindes ohne äusserliche Beschädigung“[20]. Auch der Verlust durch Verdunsten ist hierher zu rechnen. Da das Entstehen eines Untermasses bei dem Transport von Flüssigkeiten in Fässern nie zu vermeiden ist, so finden sich ortsübliche Feststellungen dieses Untermasses, der sogenannten gewöhnlichen Leckage, nach Procenten. Ist der Procentsatz nur für den Seetransport festgestellt, so kann derselbe nicht auf den Landtransport übertragen werden. §. 19.

Aeusserlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung. S. o. §. 7. §. 20.

Hat der Frachtführer den Absender auf die Mängel der Verpackung aufmerksam gemacht, und dieser besteht, ohne denselben abzuhelfen, auf der Vornahme des Transports, so liegt darin ein stillschweigender Verzicht auf Ersatz des in Folge dieser Mängel entstandenen Schadens[21]. Einer Anzeige des Frachtführers bedarf es nicht, wenn der Absender selbständig erklärt hat, dass er den Mangel der Verpackung kenne, z. B. durch

19) Vergl. Art. 825 Nr. 3.

20) Reglement für den Vereinsgüterverkehr §. 22 Nr. 1 a.

21) Vergl. Art. 424 Abs. 1 Nr. 2. Ueber die in Abs. 2 dieses Artikels aufgestellte Vermuthung s. o. §. 17.

Art. 395. die Clausel: „Verpackung auf Gefahr des Absenders." Treten die Mängel der Verpackung erst während der Reise ein oder hervor, so hat der Frachtführer, soweit thunlich [22]), für die erforderliche Abhülfe zu sorgen und zwar für Rechnung des Absenders. Auf alle diese Momente kann mithin der Beweis zu richten sein. Als äusserlich erkennbar erscheint nicht nur der aus der Beschaffenheit der Aussenseite ersichtliche, sondern auch der durch andere Sinne, Gehör, Gefühl, Geruch, wahrnehmbare.

Gewisse Arten von Gütern sind, wenn nicht eine besonders qualificirte Verpackung angewandt wird, der Beschädigung in hohem Grad ausgesetzt (leicht zerbrechliche, explodirende Sachen etc.). Die nicht besonders qualificirte Verpackung erscheint in diesen Fällen als mangelhafte Verpackung. Anstatt aber zur Herstellung einer auch unter ungünstigen Umständen sichernden Verpackung grosse Kosten aufzuwenden, pflegt man im Frachtverkehr nur eine leichtere Verpackung vorzunehmen, dabei aber den Frachtführer von der besonderen Beschaffenheit des Guts in Kenntniss zu setzen. Ueblich ist dabei neben der Angabe im Frachtbrief eine entsprechende, leicht erkennbare (oft nur symbolische, z. B. durch Aufsetzen des Bilds eines Glases ausgedrückte) auf die äussere Seite des Guts gesetzte Erklärung. Hierdurch erscheint der vorhandene Mangel der Verpackung beseitigt. Unter welchen Umständen der Frachtführer verbunden ist, das so verpackte und bezeichnete Gut anzunehmen, ist quaestio facti. Hat er es aber angenommen, so erscheint jede der betreffenden nicht entsprechende Behandlung als eine schuldhafte; der Frachtführer muss also für den hieraus entstehenden Schaden einstehen. Dasselbe gilt, wenn zwar eine specielle Erklärung fehlt, der Frachtführer aber aus der äusseren Beschaffenheit des Guts die besondere Beschaffenheit der Waare erkennen muss, wie dies ja so häufig der Fall ist. Ist aber die besondere Beschaffenheit weder angegeben noch sonst erkennbar, so ist der Frachtführer auch nicht zur Anwendung der ganz besonderen Sorgfalt verpflichtet, kann sich vielmehr bei eingetretener Beschädigung auf den äusserlich nicht erkennbaren Mangel der Verpackung berufen.

§. 21. **Absatz 2.** Angabe des Werths des Frachtguts ist im Allgemeinen nicht erforderlich, ja der Frachtführer kann nach abgeschlossenem Frachtvertrag diese Angabe nicht einmal verlangen (Art. 392) [23]).

[22]) Hierbei kommt namentlich das Verhältniss des präsumtiven Schadens zu dem für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwand in Betracht. Zu diesem Aufwand aber ist auch der durch die Verzögerung der Reise in Folge Auf- und Abladens hervorgebrachte Zeitverlust zu rechnen.

[23]) Dadurch ist nicht ausgeschlossen, dass der Frachtführer, welcher einen Frachtvertrag über gewöhnliche Kaufmannsgüter abgeschlossen hatte, die Uebernahme von Kostbarkeiten auf Grund desselben verweigern kann, bez. nur gegen eine Erhöhung der Fracht sich zur Uebernahme bereit zu erklären braucht.

Die bona fides verlangt es aber, wenn das Gut einen im Verhältniss zu seinem Umfang oder Gewicht besonders hohen Werth hat, dem Frachtführer dies anzuzeigen, damit er im Stande ist, der möglichen Höhe des eventuellen Schadens entsprechende grössere Vorsichtsmassregeln gegen Verlust und Entwendung des Guts zu treffen. Dieser Satz ist in Absatz 2 in Beschränkung auf gewisse Gattungen von Sachen formulirt. **Art. 395.**

Als **Kostbarkeit** wird eine Sache bezeichnet, deren Werth im Verhältniss zu ihrem Umfang oder Gewicht als besonders hoch erscheint. Die Grenze des Begriffs ist hiernach eine sehr schwankende, lässt sich aber nicht wohl enger fassen. Mitunter berücksichtigt man noch ein anderes Moment und verlangt, dass das Material ein besonders werthvolles sei, z. B. ein edles Metall, Edelsteine, Perlen etc. Für die vorliegende Bestimmung erscheint aber eine Beschränkung des Umfangs des Begriffs Kostbarkeit durch Aufnahme dieser Eigenschaft als nicht gerechtfertigt. Ein Gemälde oder sonstiges Kunstwerk kann, auch wenn es aus an sich nicht werthvollem Stoff gefertigt ist, als Kostbarkeit erscheinen. §. 22.

Werthpapiere. S. Bemerkungen zu Art. 271 §. 5.

Diese Beschaffenheit. Es genügt also die Declaration als „Kostbarkeit“. Statt dessen kann aber auch der Name der Gattung, welcher die Sache angehört, angegeben werden, z. B. Edelsteine. Fällt jedoch nicht jede dieser Gattung angehörende Sache an sich unter den Begriff Kostbarkeit, so ist eine nähere Bezeichnung, beziehungsweise eine Werthsangabe, vorzunehmen, z. B. bei Gemälden, Holzschnitzereien etc. §. 23.

Oder der Werth. Werthangabe allein genügt in allen Fällen.

Angegeben ist. Dass diese Angabe im Frachtbriefe enthalten sei, ist nicht erforderlich, ebensowenig dass sie vor Uebergabe des Frachtguts, beziehungsweise vor Beginn der Reise [24]) erfolgt sei. Sie muss nur in einer Weise und zu einer Zeit erfolgt sein, dass der Frachtführer Gelegenheit hatte, die geeigneten Vorsichtsmassregeln zu treffen.

Art. 396.

Wenn auf Grund des vorhergehenden Artikels von dem Frachtführer für Verlust oder Beschädigung des Guts Ersatz geleistet werden muss, so ist der Berechnung des Schadens nur der gemeine Handelswerth des Guts zu Grunde zu legen. **Art. 396.**

Im Falle des Verlustes ist der gemeine Handelswerth zu er-

[24]) Dass nach Art. 608 bei dem Seetransport die Werthsangabe bei der Abladung erfolgen muss, erklärt sich aus der Besonderheit des Seetransports.

Art. 396. setzen, welchen Gut derselben Art und Beschaffenheit am Ort der Ablieferung zu der Zeit hatte, in welcher das Gut abzuliefern war; davon kommt in Abzug, was in Folge des Verlustes an Zöllen und Unkosten erspart ist.

Im Falle der Beschädigung ist der Unterschied zwischen dem Verkaufswerth des Guts im beschädigten Zustande und dem gemeinen Handelswerth zu ersetzen, welchen das Gut ohne diese Beschädigung am Ort und zur Zeit der Ablieferung gehabt haben würde, nach Abzug der Zölle und Unkosten, soweit sie in Folge der Beschädigung erspart sind.

Hat das Gut keinen Handelswerth, so ist der Berechnung des Schadens der gemeine Werth des Guts zu Grunde zu legen.

Wenn dem Frachtführer eine bösliche Handlungsweise nachgewiesen wird, so hat er den vollen Schaden zu ersetzen.

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung: fehlt. — Entwurf II. Lesung: fehlt.

Protok. S. 4708 bis 4716. 5094 bis 5096. 5112 bis 5115. 5123. Monitum 442.

§. 1. **Absatz 1. Auf Grund des vorhergehenden Artikels.** Zur Begründung des Schadensanspruchs gegen den Frachtführer bedarf es nach Art. 395 lediglich des Anführens und Beweises, dass der Schade nach der Empfangnahme, beziehungsweise zwischen dieser und der Ablieferung entstanden sei. Man könnte mithin annehmen, dass durch die besondere Bezugnahme auf diesen Artikel die Beschränkung der Ersatzverbindlichkeit auf den gemeinen Handelswerth nur für den Fall festgesetzt sei, dass die Ersatzforderung lediglich in der angegebenen Weise geltend gemacht würde, so dass also, wenn angeführt und bewiesen würde, dass der Schade durch ein Verschulden des Frachtführers herbeigeführt worden sei, voller Schadensersatz gefordert werden könne. In dieser Weise wurde bei den Verhandlungen, ehe der letzte Absatz hinzugefügt worden war, die Bestimmung von einzelnen Seiten wenigstens aufgefasst (Protokolle S. 4713 f.). Durch den letzten Absatz ist diese Annahme ausgeschlossen. Nur auf dolus oder lata culpa des Frachtführers kann der Anspruch auf vollen Schadensersatz gestützt werden (s. u. §. 7).

§. 2. **Der gemeine Handelswerth.** Weder der Affectionswerth kommt in Betracht, noch der entgangene Gewinn, soweit dieser nicht dadurch vergütet wird, dass der Werth des Ablieferungsorts der massgebende ist,

noch wird der mittelbare Schade vergütet, welchen der Absender oder Empfänger in Folge Verlusts oder Beschädigung des Guts erlitten hat, also auch namentlich nicht eine von jenen Personen Dritten gegenüber etwa verwirkte Conventionalstrafe ersetzt. Der Werth ist zu ersetzen, welcher dem Preis entspricht, um welchen der Beschädigte Waare gleicher Beschaffenheit sich verschaffen kann. Ob der Preis massgebend ist, um welchen die Waare im Grosshandel zu haben ist, oder der Detailpreis, richtet sich danach, ob die Quantität eine so grosse war, dass sie von einem Grosshändler beziehungsweise um jenen Preis bezogen werden kann oder nicht. **Art. 396.**

Absatz 2. Vergl. Art. 612. — Durch die Ausführung des Transports erhält das Gut mit Nothwendigkeit den Werth, welchen Gut derselben Art und Beschaffenheit am Ablieferungsort hat, und im Handelsverkehr wird (der Regel nach) der Transport gerade in der Absicht dem Gut diesen Werth zu verschaffen, vorgenommen [1]). Von den über den Transport contrahirenden Personen kann daher nur dieser Werth ins Auge gefasst sein, nicht der Werth an irgend einem Punkt, über welchen der Transport gehen soll, denn dahin wird das Gut nicht geschickt, nicht der Werth des Absendungsorts, denn von diesem Ort wird das Gut weggesandt [2]). Mit der Uebergabe des Guts zum Transport hat dasselbe den Werth des Ablieferungsorts virtuell schon in sich [3]). §. 3.

[1]) Ob, wie dies meistens der Fall ist, das Gut aus dem Grund versendet wird, um demselben einen höheren Werth zu verschaffen, oder ob andere Gründe dazu bestimmen, sowie ob im ersten Fall wirklich eine Werthserhöhung erreicht wird, kommt hierbei nicht in Betracht. Die nächste Absicht ist nothwendig die, dem Gut den am Ablieferungsort geltenden Werth zu verschaffen.

[2]) Unter Umständen kann der Absender in der Lage sein, nur den gemeinen Handelswerth des Guts am Absendungsort beweisen zu können. Ist es in diesem Fall notorisch oder wird es nicht bestritten, dass der Werth am Ablieferungsort kein höherer ist, so ist jener Werth der Entschädigung zu Grunde zu legen. Anderenfalls hat der Absender auch jenen Umstand zu beweisen. — Ob und wieweit die Factura als Beweismittel des gemeinen Handelswerths benutzt werden kann, ist quaestio facti. Vergl. Sammlung handelsrechtlicher Entschädigungen in Bayern Bd. I, S. 574 (s. a. Centralorgan N. F. Bd. II, S. 229).

[3]) In den Verhandlungen wurde geltend gemacht: „Der Frachtführer könne nicht verbunden sein, dem Empfänger dafür Ersatz zu leisten, was er, wenn die Güter rechtzeitig am Bestimmungsort angekommen wären und sogleich hätten verkauft werden können, mit dem Erlöse aus denselben noch anderweitig hätte gewinnen können, oder was er an Conventionalstrafen bezahlen müsse, weil die Güter nicht rechtzeitig angekommen seien u. s. w. Dagegen sei nicht abzusehen, weshalb der Empfänger auch diejenige Steigerung des Werthes der Güter nicht ersetzt erhalten solle, welche Jedem zu Gute gekommen wäre, wenn er die Güter zu derselben Zeit an denselben Bestimmungsort hätte transportiren lassen. Der in dieser Preissteigerung liegende Gewinn gehöre unzweifelhaft auch zur aestimatio rei. Es entspreche ganz der Natur der Verhältnisse, dass man den Werth am Bestimmungsorte als den entscheidenden ansehe, denn die Verpflichtung des Frachtführers bestehe darin, dass er die Güter am Bestimmungsort abliefere; die Erfüllung dieser Verpflichtung habe somit für Jedermann denselben Werth, den die

Art. 396. §. 4. **Was in Folge des Verlusts an Zöllen und Unkosten erspart ist.** Im Handelswerth am Ablieferungsort sind regelmässig die für Zoll, Fracht und sonstige Unkosten ausgegebenen Beträge enthalten. Jedenfalls hätte der Empfänger, welchem das Gut abgeliefert worden wäre, diese Beträge bezahlen müssen.

Gegen die Anträge „eines Abzugs der Fracht Erwähnung zu thun“ wurde bemerkt: „In §. 181 des Seerechts (Art. 612 des Gesetzbuchs) sei zwar auch von einem Frachtabzug die Rede; die dortige Bestimmung sei aber durch den seerechtlichen Satz veranlasst, dass verlorenes Gut keine Fracht zahle [4]). Diesen Satz habe man mit Recht für den Landfrachtverkehr nicht aufgestellt. Wenn der Frachtführer den Werth der verlorenen Sache ersetze, gebühre ihm auch die ganze Fracht, und könne somit nicht von ersparter Fracht die Rede sein, indem entweder der ganze Werth der Sache von dem Frachtführer bezahlt und sodann von dem Absender auch die ganze Fracht entrichtet werden müsse, oder unter einer Abkürzung des Verfahrens von dem Werth der Sache lediglich die ganze Fracht in Abzug komme, welches letztere jedoch dann nicht deshalb geschehe, weil die Fracht erspart worden, sondern aus dem Grunde, damit dadurch die schuldige Fracht bezahlt werde. Auf den Einwand, dass der Satz: „verlorenes Gut zahlt keine Fracht“ auch für den Landfrachtverkehr in Reglements u. dergl. aufgestellt werden könne, ward bemerkt, es scheine nicht angemessen, im Gesetz auf so ausserordentliche durch die Vertragswillkür der Parteien hervorgerufene Fälle besondere Rücksicht zu nehmen.“ Protokolle S. 4714 f.

Güter am Bestimmungsort hätten. Hieran ändere die Erwägung nichts, dass die Güter beim Landfrachtverkehr meistens erst, nachdem die Gefahr anf den Käufer übergegangen sei, transportirt würden, denn auch der Käufer würde, wenn der Frachtführer seine Verpflichtung erfüllt hätte, nicht bloss den ausgelegten Kaufpreis, sondern den Werth der Güter am Bestimmungsort gehabt haben, und verliere eben diesen durch die Nichterfüllung der erwähnten Verpflichtung. Hätten die Güter einmal den Abgangsort verlassen, so hätten sie den Werth am Abgangsort gar nicht mehr, und nur eine Fiction würde den Gesetzgeber dazu veranlassen können, auf diesen Werth bei Regelung der Ersatzverbindlichkeit des Frachtführers zurückzukommen. Dies möge man doch wohl beachten für den Fall, dass der Werth am Bestimmungsort (vielleicht in Folge eines Zurückgehens der Conjunctur) geringer sei, als er am Abgangsort zur Abgangszeit gewesen; in einem solchen Fall würde der Frachtführer nach dem Antrag Nr. 442 der Zusammenstellung (Feststellung des Schadens nach dem gemeinen Werth der Sache zur Zeit und am Ort der Aufgabe nebst darauf haftenden Frachtgebühren und Kosten) mehr zu ersetzen schuldig sein, als der Schaden des Befrachters betrage, und ihm daher gerechter Weise zugemuthet werden könne. Er würde alsdann die misslungene Speculation des Absenders oder Empfängers wieder gut machen müssen, zumal er ja noch dazu die auf den Gütern haftenden Kosten und Frachtgebühren zahlen solle“ Protokolle S. 4711 f.

[4]) Art. 618 f.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass wenn im einzelnen Fall Fracht erspart worden ist, dieselbe in Abzug kommt, sie ist dann unter die „Unkosten“ zu subsumiren. **Art. 396.**

Absatz 3. Vergl. Art. 614. §. 5.

Wie der **Verkaufswerth des Guts im beschädigten Zustande** zu ermitteln ist, bestimmt der Artikel nicht. Im correspondirenden Art. 614 wird von dem durch Sachverständige zu ermittelnden Verkaufswerth gesprochen. Auch in unserem Fall ist es nicht erforderlich, dass die beschädigte Sache wirklich verkauft werde, obgleich dadurch, insbesondere wenn das Verfahren des Art. 311 eingehalten wird, der Empfänger sich am besten sichert.

Zölle. Für die beschädigte Waare kann der Zoll geringer sein, als für die unbeschädigte, sogar unter Umständen ganz wegfallen, wenn die Waare in Folge der Beschädigung unter eine andere Rubrik des Zolltarifs fällt.

Absatz 4. Auch wenn eine Waare einen eigentlichen Handelswerth nicht hat, können doch Localverhältnisse von Einfluss auf die Werthbestimmung derselben sein. In diesem Fall kommen die des Ablieferungsorts in Betracht. §. 6.

Absatz 5. In dem in dritter Lesung gestellten ursprünglichen Antrag, das im jetzigen Art. 612 enthaltene Princip, aus welchem Art. 396 hervorging, in unsern Titel aufzunehmen, war als zweite Voraussetzung enthalten: „wenn ein Verschulden des Frachtführers oder derjenigen Personen, für welche er haften muss, nicht nachgewiesen wird.“ Dieser Satz aber wurde zurückgezogen, nachdem er von mehreren Seiten als selbstverständlich bezeichnet, und darauf aufmerksam gemacht worden war, dass dessen ausdrückliche Aufnahme zu einer irrigen Interpretation der Art. 610 und 612 führen könne, von anderer Seite aber allerdings der Eintritt der Haftung für das volle Interesse nur bei dolus und lata culpa statuirt wurde (Protok. S. 4710. 4713 f.). Bei Gelegenheit der Berathung des jetzigen Art. 327 und der Annahme des zweiten Absatzes desselben ward jedoch die jetzige Bestimmung beschlossen (Protok. S. 4780 f. 5112 bis 5115. 5123). Eine präcisere Fassung — statt „bösliche Handlungsweise“ „Arglist und grobes Verschulden“ — wurde nicht beliebt, weil der letzte Ausdruck „einigen Particulargesetzgebungen fremd sei, in anderen aber in einer sehr weiten Ausdehnung gebraucht würde“. Gegenüber der Ansicht, dass unter böslicher Handlungsweise nur dolus zu verstehen sei, bemerkten mehrere Mitglieder, dieser Ausdruck „umfasse auch den höchsten Grad §. 7.

Art. 396. der Nachlässigkeit und in diesem Sinn würden sie für seine Annahme stimmen" [5]).

Andere Mitglieder, die von derselben Auffassung ausgingen, sprachen sich wie folgt aus: In der Sache selbst könnten sie einen Unterschied zwischen dem Vorschlag der Redactionscommission („bösliche Handlungsweise") und dem zuletzt aufgeführten Antrag nicht anerkennen und nähmen sie nur auf den Umstand Rücksicht, dass der Ausdruck „grobes Verschulden" in den verschiedenen Rechtsgebieten Deutschlands verschieden aufgefasst werden könne. Dieses Bedenken falle weg, wenn man sich der Bezeichnung „bösliche Handlungsweise" bediene. Dieser Ausdruck treffe auch die Fälle der luxuria. Der Begriff des dolus sei nach der Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse, bei denen er rechtliche Folgen habe, ein sehr dehnbarer. Hier handle es sich um Erfüllung contractlich übernommener Verpflichtungen, in einem solchen Falle liege nicht dann bloss eine bösliche Handlungsweise vor, wenn der Schade der bestimmten Absicht des Thäters entspreche (dolus im eminenten Sinn), sondern auch dann, wenn der Schuldner durch sein pflichtwidriges Handeln zwar die Beschädigung nicht zunächst bezweckte, er sich aber bei seinem Verfahren der damit verbundenen Gefahr bewusst war. Eine solche frevelhafte Handlungsweise werde gewiss nach allen Rechten als eine bösliche gelten müssen, denn böslich sei immer die Pflichtwidrigkeit im Bewusstsein der damit verbundenen dringenden Gefahr (fraude non caret) ohne Rücksicht darauf, ob auch der Eintritt des Schadens beabsichtigt war, wie es denn auch in l. 226 D. de verb. sign. heisse: „Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est." (Protok. S. 5112 bis 5115. 5123.)

Dieser letzten Ausführung ist beizutreten, so dass also unter „bösliche Handlungsweise" das zu verstehen ist, was nach der gemeinrechtlichen Auffassung dolus und lata culpa bedeutet.

§. 8. **Dem Frachtführer nachgewiesen wird**, d. h. der Beweis wird ihm gegenüber erbracht, den Absender trifft die Beweislast; nicht aber: der Frachtführer muss selbst dolus und lata culpa begangen haben. Die Beschränkung auf die durch die Person des Frachtführers selbst begangenen Handlungen würde nicht nur die Bestimmung selbst fast völlig werthlos machen und mit Art. 427 Abs. 2 in Disharmonie stehen, sondern auch dem in Art. 400 enthaltenen allgemeinen Satz widersprechen.

[5]) Aus dieser Erklärung in Zusammenhang damit, dass bei der Abstimmung die Hälfte der Conferenzmitglieder für ausdrückliche Erwähnung des „groben Verschuldens" stimmten, ergiebt sich, dass die Majorität dafür sich entschieden hatte, dass unsere Bestimmung auch die lata culpa mit umfassen sollte.

Art. 397.

Der Frachtführer haftet für den Schaden, welcher durch Versäumung der bedungenen oder üblichen Lieferungszeit entstanden ist, sofern er nicht beweist, dass er die Verspätung durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht habe abwenden können. Art. 397.

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung Art. 336. — Entwurf II. Lesung Art. 372.

Protok. S. 798. 801 bis 803. — 1229. — 4719. — Monitum 443.

Auch die Rechtzeitigkeit der Ablieferung ist vom Frachtführer übernommen. Derselbe haftet daher für den Schaden, der aus der Verzögerung der Ablieferung entstanden ist. In der Verschiedenheit der Richtung dieser Haftung liegt nun an sich kein Grund, dieselbe in rechtlicher Beziehung anders aufzufassen als die Haftung für Verlust und Beschädigung des Guts. Das Gesetzbuch ist aber von einem anderen Gesichtspunkt ausgegangen [1]). Es legt dem Frachtführer nur den Ersatz desjenigen durch die Verspätung entstandenen Schadens auf, welchen er durch die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht hat abwenden können. Andererseits beschränkt es freilich auch den Schaden nicht seinem Umfang nach, wie dies durch Art. 396 hinsichtlich des aus Art. 395 geltend gemachten Schadens geschieht. §. 1.

Es fragt sich nun zunächst: ist der vorliegende Artikel so zu verstehen, dass der Frachtführer frei von jeder Verpflichtung ist, wenn er §. 2.

[1]) Darüber, warum die Conferenz in Art. 395 und 397 von verschiedenen Gesichtspunkten ausgegangen ist, findet sich in den Protokollen keine eingehende Motivirung. Es wird nur bemerkt, es sei kein Grund vorhanden hinsichtlich der Haftung für Verspätung „mit gleicher Strenge zu verfahren“, wie dies betreffs der Haftung für Verlust und Beschädigung geschehen sei (Protokolle S. 798); weiter heisst es (Seite 801), „es werde gemeinhin leichter (nicht: „schwerer“, wie Kräwel in Busch's Archiv Bd. II, S. 427 lesen will — es ist vom Standpunkt des Frachtführers ausgegangen) sein, sich gegen Beschädigung und Untergang der Waare vorzusehen, als gegen eine Verzögerung der Reise.“ — Allerdings bringt die Verspätung der Ablieferung meistens (nicht immer, s. Koch in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VIII, S. 448) geringere Nachtheile hervor, als der Verlust oder die Beschädigung des Guts; ich muss es aber nach meiner jetzigen Ansicht dahin gestellt sein lassen, ob diese Verschiedenheit die Annahme einer verschieden gestalteten Haftung des Frachtführers rechtfertigt und ebenso ob der zweite Grund als durchschlagend anzusehen ist. Den von Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. III, S. 66, Note 16 angedeuteten Grund kann ich nach dem oben Bemerkten natürlich nicht gelten lassen.

Art. 397. nichts Anderes nachweist, als dass er diese Sorgfalt bei Ausführung des Transports überall angewandt hat? Genügt dieser Nachweis, dann würde die Verabredung eines Lieferungstermins oder das Bestehen einer üblichen Lieferzeit [2]) gleichgültig sein, beziehungsweise nur die Bedeutung haben, dass der Frachtführer, wenn er diese Frist eingehalten hat, von jedem Beweis frei wäre. Dies ist undenkbar. Betreffs der üblichen Lieferungszeit muss von vornherein als feststehend angenommen werden, dass dieselbe bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt eingehalten werden könne, dies ist dadurch, dass sie sich als die übliche festgestellt hat, bewiesen. Ist aber eine Lieferungsfrist speciell verabredet, so hat der Frachtführer dadurch dem Absender gegenüber anerkannt, dass er das Gut in dieser Frist liefern könne, und sich verpflichtet, die dazu erforderliche [3]) Thätigkeit anzuwenden. Die Berufung auf die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers kann daher nur die Bedeutung haben, dass, wenn ein Ereigniss eingetreten ist, welches die Einhaltung der Frist vereitelt hat, und wenn in Betreff des Eintritts des Ereignisses oder seiner Einwirkung auf die Ausführung des Transports der Frachtführer keine Negligenz sich hat zu Schulden kommen lassen, derselbe den Schaden der Verspätung nicht zu tragen hat [4]). Dem entspricht auch die Fassung des Artikels, „dass er die Verspätung nicht habe abwenden können." Der Frachtführer hat also zu beweisen:

1) dass die betreffende Thatsache eingetreten und dass er trotz Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht im Stande gewesen ist, deren Eintritt abzuhalten;

2) dass diese Thatsache allein die Verspätung der Ablieferung verursacht hat.

Zu dem Ende wird er regelmässig zu beweisen haben, dass er im Uebrigen die erforderliche Sorgfalt beim Transport angewandt habe. Es genügt also insbesondere nicht, dass der Transport durch das betreffende Ereigniss um eine bestimmte Zeit verzögert worden sei, wenn es bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt vor [5]) oder nach dem Eintritt desselben doch möglich gewesen wäre, die Lieferungszeit einzuhalten.

[2]) Ob eine solche besteht, ist quaestio facti.

[3]) Diese kann eine ausserordentliche sein. In diesem Fall wird auch gewöhnlich eine Gegenleistung in Erhöhung der Fracht gewährt werden.

[4]) Mit Recht bemerkt Endemann, Handelsrecht §. 155 Note 27: „Indessen kann auch der Frachtvertrag zu einem Fixgeschäft in dem Sinn gemacht werden, dass der Frachtführer absolut das Risico der Ablieferung an dem bestimmten Tage übernimmt."

[5]) Auch der vorhergehende Theil des Transports kommt in Betracht. Z. B. es ist eine Lieferungszeit von sechs Tagen verabredet, der Transport kann aber in drei Tagen beschafft werden; der Frachtführer beginnt den Transport

Ist das Ereigniss durch Verschulden eines der Leute des Frachtführers oder einer anderen Person, deren er sich bei Ausführung des Transports bedient hat, eingetreten, so kann der Frachtführer sich von der Haftung nicht durch den Beweis befreien, dass er bei Auswahl, Instruction, Beaufsichtigung des Betreffenden mit der erforderlichen Sorgfalt verfahren sei, sondern er hat die Handlungen dieser Personen wie seine eigenen zu vertreten. Dass diese, meiner Ansicht nach, allerdings schon aus allgemeinen Grundsätzen sich ergebende Verpflichtung [6]) auch im Gesetzbuch anerkannt ist, folgt aus der allgemeinen Fassung und der Stellung des Art. 400, ferner aus Art. 401 [7]). **Art. 397.** §. 3.

Als eine Versäumung der Lieferungszeit erscheint es auch, wenn das Gut zwar rechtzeitig am Bestimmungsort eingetroffen ist, dem Empfänger aber, welcher dasselbe vertragsmässig an einem bestimmten Platz, z. B. auf dem Bahnhof, abholen sollte, die Ankunft nicht angezeigt war. §. 4.

Der Unterschied der Haftung des Frachtführers für Verspätung der Ablieferung und der für Verlust und Beschädigung des Guts besteht also nicht in der Verschiedenheit der Handlungen, welche er in der einen oder der anderen Beziehung vorzunehmen hatte, sondern darin, dass er in letzterer Beziehung für den günstigen Erfolg derselben, soweit dieser überhaupt möglich ist, einsteht, in ersterer Beziehung aber (abgesehen von der Haftung für die Leute und Gehülfen) nur dafür haftet, dass bei Vornahme derselben die nöthige Sorgfalt angewandt worden sei. §. 5.

In vielen Fällen führen diese verschiedenen Bestimmungen zwar zu gleichen Resultaten, aber nach manchen Richtungen hat der erwähnte Unterschied doch auch praktische Bedeutung. Insbesondere ist dies der Fall hinsichtlich der Transporthandlungen selbst. Ist in Folge eines unabwendbaren äusseren Ereignisses Zerstörung oder Verletzung eines Transportmittels (Zerreissen einer Kette, Zerbrechen des Wagens oder eines Theils der Locomotive etc.) Verlust oder Beschädigung eingetreten, so haftet der Frachtführer unbedingt; ist dadurch eine Verspätung hervorgebracht worden, so haftet er nur, wenn bei Anschaffung, Anfertigung, §. 6.

ohne gegründete Veranlassung erst am vierten Tag nach dem Empfang des Guts. Wird hier durch ein an sich vom Frachtführer nicht zu vertretendes Ereigniss die Ablieferung um einen Tag verzögert, so exculpirt dies den Frachtführer nicht. Bei der Verabredung der Lieferungsfrist und bei Berechnung der üblichen Lieferungszeit wird gerade auf die Möglichkeit des Eintritts von kurzen Verzögerungen Rücksicht genommen.

6) Bemerkungen zu Art. 395 §. 3.

7) Nicht zu leugnen ist, dass diese strengere Haftung in Disharmonie mit dem im Artikel aufgestellten Grundsatz steht. Bei der anomalen Natur desselben (s. o. §. 1) kann aber hieraus kein Argument gegen die Anwendbarkeit des Art. 400 genommen werden.

Art. 397. Untersuchung etc. des Transportmittels oder in Bezug auf den Eintritt des die Verletzung desselben herbeiführenden Ereignisses eine Negligenz begangen war.

Der Unterschied kann aber auch praktisch werden, wenn ein äusseres Ereigniss auf das Gut selbst eingewirkt hat. Dies tritt namentlich dann deutlich hervor, wenn ein und dasselbe Ereigniss nach beiden Seiten hin wirken kann [8]); z. B. das Gut wird vom Regen betroffen oder durch Menschenhand wird ein Angriff auf dasselbe gemacht. Ist das Gut dadurch beschädigt, so steht der Frachtführer ein, wenn die Einwirkung des Regens oder der Angriff nach den Umständen überhaupt hätte verhindert werden können. Wird aber in Folge dieses Ereignisses ein Umpacken erforderlich und verursacht die dadurch entstandene Verzögerung eine Verspätung der Ablieferung, so haftet der Frachtführer nicht, wenn die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers angewandt worden war, um die Einwirkung des Ereignisses abzuhalten, also z. B. bei der Anschaffung und Untersuchung der Bedeckung des Wagens oder des Lagerhauses mit der erforderlichen Diligenz verfahren worden, der Regen aber dennoch durchgedrungen war; ferner wenn dafür Sorge getragen war, dass bei Ankunft des Eisenbahnzugs das erforderliche Personal zur Unterbringung der abzuladenden Güter in die Güterschuppen zugezogen und die Anwesenden ordnungsmässig thätig waren, trotzdem aber die Unterbringung nicht vor Ausbruch des Regens vollendet war, oder wenn die Güterwagen oder Güterschuppen gehörig verwahrt und das Aufsichtspersonal wachsam war, sich aber trotzdem eine fremde Person eingeschlichen hatte etc. etc.

Art. 398.

Art. 398. Ist für den Fall verspäteter Ablieferung ein Abzug an der Fracht oder der Verlust der Fracht oder sonst eine Conventionalstrafe bedungen, so kann im Zweifel ausserdem auch der Ersatz des diesen Betrag übersteigenden Schadens gefordert werden, welcher durch die verspätete Ablieferung entstanden ist.

Preuss. Entwurf Art. 311. — Entwurf I. Lesung Art. 337 Abs. 1. — Entwurf II. Lesung Art. 373 Abs. 1.

Protok. S. 795 f. — 1229 f. — 4719 f. 5096. — Monita 444. 445.

[8]) Oder eingewirkt hat, z. B. wenn im angeführten Fall das Gut beschädigt und später abgeliefert wird.

Vergl. Art. 284 Abs. 3. Art. 398.

Durch die Verabredung einer Conventionalstrafe wird die in Art. 397 anerkannte Zulässigkeit der Exculpation des Frachtführers an sich nicht ausgeschlossen. Ob im einzelnen Fall der Frachtführer durch eine solche Verabredung eine weitergehende Haftung übernommen habe, ist quaestio facti.

Ein in zweiter Lesung gestellter Antrag, dass „bei theilweiser Nichterfüllung der bedungene Verlust der Fracht auch nur hinsichtlich des nicht erfüllten Theils verwirkt sei", wurde nicht aufgenommen, „weil die wahre Absicht der Parteien in jedem einzelnen Fall zu ergründen sei."

Es kann vorkommen, dass eine besonders kurze Lieferungszeit und eine Conventionalstrafe für die Nichteinhaltung derselben verabredet, dabei aber beabsichtigt ist, dass zwar für den Fall der Nichteinhaltung dieser kurzen Lieferungszeit lediglich die Conventionalstrafe verwirkt sein solle, dagegen die Geltendmachung eines weitergehenden Schadens für den Fall vorbehalten bleibe, wenn auch die Lieferungszeit, innerhalb welcher der Frachtführer ohne besondere Verabredung abzuliefern gehabt hätte, versäumt sein würde. Ist diese Absicht erkennbar, so ist sie natürlich massgebend. Eine Bestimmung darüber, wie sie in Monitum 445 von Hamburg beantragt war, in das Gesetz aufzunehmen, wurde für überflüssig gehalten.

Art. 399.

Beweist der Frachtführer, dass er die Verspätung durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht habe abwenden können, so kann die bedungene gänzliche oder theilweise Einbehaltung der Fracht, oder die Conventionalstrafe wegen verspäteter Ablieferung nicht in Anspruch genommen werden, es sei denn, dass sich aus dem Vertrage eine entgegenstehende Absicht ergiebt. Art. 399.

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung Art. 337 Abs. 2. — Entwurf II. Lesung Art. 373 Abs. 2.

Protok. S. 803. — 1230. — 4720. 5096 f. — Monita 444. 445.

Es kann zweifelhaft sein, ob die Conventionalstrafe nur zum Zweck der Feststellung der Höhe des auf Grund des Art. 397 geltend zu machenden Schadensersatzanspruchs [1]) verabredet ist, oder ob zugleich die Ver-

[1]) Ueber die Frage, welche in allen drei Fällen vorkommen kann, ob die Geltendmachung eines die Conventionalstrafe übersteigenden Schadens zulässig ist oder nicht, s. Art. 398.

Art. 399. haftung des Frachtführers für rechtzeitige Lieferung über die Grenze des Art. 397 hat erhöht werden sollen, z. B. in der Art, dass ihm nur ein Entlastungsbeweis nach Art des bei Verlust und Beschädigung des Frachtguts zulässigen (Art. 395) nachgelassen werden solle, oder endlich ob die Conventionalstrafe als verfallen anzusehen ist, wenn das Gut nicht rechtzeitig abgeliefert ist, einerlei auf welchem Grund die Verzögerung beruht. — Der Artikel stellt eine Präsumtion für die erste Alternative auf.

Die Conventionalstrafe, correcter die sonstige Conventionalstrafe, s. Art. 398 „oder sonst eine Conventionalstrafe".

Art. 400.

Art. 400. Der Frachtführer haftet für seine Leute und für andere Personen, deren er sich bei Ausführung des von ihm übernommenen Transports bedient.

Preuss. Entwurf Art. 313 Abs. 1. — Entwurf I. Lesung Art. 338 Abs. 1. — Entwurf II. Lesung Art. 374.

Protok. S. 815 bis 818. — 1230. — 4720 bis 4724. — Monitum 446.

§. 1. Das Haften des Frachtführers für seine Leute beruht auf der Uebernahme des Transports durch den Frachtführer [1]). Lässt der den Transport übernehmende Frachtführer denselben ganz oder theilweise durch andere Personen ausführen oder einzelne Transporthandlungen durch diese vornehmen, so schliesst er nicht etwa mit diesen Verträge für Rechnung des Absenders ab, sondern er überträgt ihnen die Besorgung seiner eigenen Geschäfte und zwar für seine eigene Rechnung. Sie selbst treten dadurch mit dem Absender in keinerlei formelle obligatorische Beziehung [2]), noch hat dieses Verhältniss eine materielle Bedeutung für den Absender, eben weil es nicht für dessen Rechnung eingegangen ist. Das Haften kann daher schlechterdings nicht die Bedeutung des Del-credere-Stehens haben, sondern es ist der Ausdruck dafür, dass der Frachtführer sich nicht darauf berufen kann, dass das Opus oder eine einzelne zum Zweck der Ausführung desselben vorgenom-

[1]) Bemerkungen zu Art. 395 §. 3.

[2]) Damit steht nicht in Widerspruch, dass der Zwischenfrachtführer, welcher das Gut mit Frachtbrief übernimmt, mit dem Absender in ein Vertragsverhältniss eintritt. Dies Verhältniss ist ein selbständiges und deckt sich nicht mit dem gegenüber dem ersten Frachtführer begründeten. (S. Bemerkungen zu Art. 401 §. 4.)

mene Handlung nicht von ihm selbst, sondern von Anderen vorgenommen worden sei, und dass er sich bei Auswahl und Beaufsichtigung keine Nachlässigkeit habe zu Schulden kommen lassen [3]). Auf die rechtliche Stellung des Frachtführers zu den betreffenden Personen kommt daher auch gar nichts an. **Art. 400.**

Seine Leute, d. h. diejenigen Personen, welche zum Frachtführer in einem dauernden dienstlichen Verhältniss stehen, nicht nur zu einzelnen Transporthandlungen angenommen sind. Nach dem vorher Bemerkten braucht, soweit die Haftung für Transporthandlungen in Frage kommt, nicht untersucht zu werden, ob eine Person zu den Leuten des Frachtführers gehört oder nicht. Aus der Wiederholung der Präposition „für" ergiebt sich aber, dass der Relativsatz, „deren er sich bei Ausführung des Transports bedient", sich nur auf die „anderen Personen", nicht auf die „Leute" bezieht [4]). Hieraus kann man folgern, dass die Haftung für die Leute nicht bloss, soweit diese zum concreten Transport in Beziehung stehende Handlungen vornehmen oder vorzunehmen haben, begründet sein solle, aber diese Ausdehnung ist ohne einigermassen wesentliche praktische Bedeutung. Jedenfalls ist nämlich die Haftung nur auf diejenigen Leute zu beziehen, deren dienstliche Stellung mit dem Betrieb des Frachtgeschäfts in Bezug steht, denn nur diese sind „Leute des Frachtführers" und nur auf diejenigen Handlungen derselben, welche mit ihren dienstlichen Verrichtungen in Zusammenhang stehen, die sie also bei Gelegenheit dieser Verrichtungen vornehmen oder zu deren Vornahme oder leichteren und wirksameren Vornahme ihre dienstliche Stellung ihnen Gelegenheit gegeben hat. Würden also z. B. Personen, welche in einem anderen vom Frachtführer betriebenen Gewerbszweig, z. B. Fabrikarbeiter, eine Beschädigung des Guts vornehmen, welche im Allgemeinen als vis major erschiene, so verliert dieselbe wegen der dienstlichen Stellung jener Personen diese Qualification nicht. Das Nämliche ist anzunehmen, wenn die Beschädigung von im Frachtgeschäft angestellten Personen ausgeht. Nur in dem Fall, wenn letztere Personen bei Gelegenheit ihrer Arbeitsleistung oder aus einem Grund, der mit ihrer dienstlichen Stellung in Zusammenhang steht, die Beschädigung vornehmen, würde der Frachtführer sich nicht auf vis major berufen können. §. 2.

Aus der Haftung für die Leute kann nicht abgeleitet werden, dass der Frachtführer durch jedes von irgend einem derselben in seinem Na-

[3]) Dies gilt auch für den Fall der Verspätung der Ablieferung.

[4]) Aus der Fassung, welche diese Bestimmung in Art. 374 des Entwurfs zweiter Lesung hatte: „Der Frachtführer haftet für seine Leute, für die Zwischenfrachtführer und für andere Personen etc.", geht dies noch deutlicher hervor.

Art. 400. men vorgenommene Rechtsgeschäft verpflichtet wird, z. B. durch Uebernahme des Guts, Verabredung über die Fracht etc. Es sind hier vielmehr die allgemeinen Grundsätze über Handlungsbevollmächtigte massgebend. Vergl. Bemerkungen zu Art. 47 §. 9.

§. 3. **Bei Ausführung des Transports.** Hierunter fällt auch das Auf- und Abladen, Stauen, Wägen, Messen, Aufbewahren, Avisiren von der erfolgten Ankunft des Guts etc. etc., kurz jede vom Frachtführer vorzunehmende Handlung.

Art. 401.

Art. 401. Wenn der Frachtführer zur gänzlichen oder theilweisen Ausführung des von ihm übernommenen Transports das Gut einem anderen Frachtführer übergiebt, so haftet er für diesen und die etwa folgenden Frachtführer bis zur Ablieferung.

Jeder Frachtführer, welcher auf einen anderen Frachtführer folgt, tritt dadurch, dass er das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief annimmt, in den Frachtvertrag gemäss dem Frachtbrief ein, übernimmt eine selbständige Verpflichtung, den Transport nach Inhalt des Frachtbriefs auszuführen, und hat auch in Bezug auf den von den früheren Frachtführern bereits ausgeführten Transport für die Verbindlichkeiten derselben einzustehen.

Preuss. Entwurf Art. 313. — Entwurf I. Lesung Art. 338. — Entwurf II. Lesung Art. 375.

Protok. S. 807. 815 bis 818. 822 f. — 1230. 1437 f. — 4720 bis 4725. 4738 bis 4754. 5043 bis 5045. 5097 f. — Monita 447. 448.

§. 1. Ein Frachtvertrag kann mit der Nebenbestimmung abgeschlossen werden, dass der Frachtführer, nachdem er das Gut an denjenigen Ort, bis wohin er den Transport übernommen hatte, gebracht, dasselbe einem anderen Frachtführer zum Weitertransport übergeben soll. In diesem Fall haftet der Frachtführer als solcher nur für den Transport auf der ersten Strecke; ausserdem haftet er nur hinsichtlich des Abschlusses des anderen Frachtvertrags wie ein Spediteur (Art. 338), wenn er den Vertrag in eigenem Namen abgeschlossen, oder als sonstiger Mandatar, wenn er im Namen des Absenders contrahirt hat. Im ersten Fall entsteht zwischen dem Absender und dem zweiten Frachtführer kein Rechtsverhältniss, während dieselben im zweiten Fall als Contrahenten eines einfachen selbständigen Frachtvertrags erscheinen.

Es kann aber auch vorkommen, dass der Frachtführer, welcher den Transport bis zu einem bestimmten Ort übernommen hat, diesen durch einen anderen Frachtführer ganz oder theilweise ausführen lässt. In diesem Fall wird das zwischen dem Absender und dem ersten Frachtführer bestehende Rechtsverhältniss in keiner Weise modificirt, und ohne besondere Bestimmung würde an sich eine rechtliche Beziehung zwischen dem Absender und dem anderen Frachtführer nicht entstehen. Es ändert daran auch gar nichts, dass der Absender weiss, dass der Frachtführer den Transport durch andere Frachtführer ausführen lässt, oder selbst dass er ihm eine derartige Ausführung ausdrücklich gestattet, beziehungsweise dass die Ausführung thatsächlich nur in dieser Weise erfolgen kann [1]). **Art. 401.**

Ob die eine oder die andere Art des Transports verabredet ist, ob der contrahirende Frachtführer den ganzen Transport übernommen hat oder nicht, ist quaestio facti, deren Entscheidung meist nicht aus den Vertragsworten, sondern aus den Umständen zu entnehmen sein wird. Wird kein Frachtbrief gegeben, so kommt insbesondere der Umstand, dass der Absender weiss, dass der Frachtführer den Transport thatsächlich nur bis zu einem gewissen Punkt selbst ausführen werde (s. Note 1), in Betracht, und es ist in diesem Fall meist anzunehmen, dass der Transport nur bis dahin übernommen worden sei. Ist ein Frachtbrief gegeben, so spricht die Vermuthung dafür, dass bis zu dem in demselben bezeichneten Ablieferungsort der Transport übernommen sei.

In **Absatz 1** behandelt das Gesetz das Rechtsverhältniss zwischen Absender beziehungsweise Empfänger und dem Frachtführer, welcher den **Transport übernommen** hat. Ob ein Frachtbrief gegeben ist oder nicht, ist gleichgültig, wenn nur feststeht, dass der Transport übernommen ist. Besondere Bestimmungen stellt das Gesetz nicht auf. Es erklärt nur den Frachtführer für verhaftet aus dem ursprünglichen Frachtvertrag. §. 2.

Ebensowenig enthält das Gesetz eine Bestimmung über das Rechtsverhältniss des späteren Frachtführers für den Fall, wenn kein Frachtbrief ausgestellt ist. Ohne eine besondere Verabredung steht derselbe lediglich in rechtlicher Beziehung zum ersten Frachtführer, mit welchem er contrahirt hat, und als dessen Stellvertreter er dem Absender beziehungsweise Empfänger gegenüber erscheint.

[1]) Z. B. bei verabredetem Eisenbahntransport nach einem Ort, welcher an einer anderen als der den Transport übernehmenden Eisenbahn liegt, oder wenn der Transport nach einem nicht am Fluss liegenden Ort durch einen Flussschiffer, der nicht nebenbei ein Landfrachtgeschäft betreibt, übernommen ist, oder überhaupt, wenn der den Transport Uebernehmende keine Transportanstalten hat, sondern seine Transporte immer durch andere Personen ausführen lässt.

Art. 401. §. 3. Voraussetzung des **Absatzes 2** ist, dass ein auf einen anderen folgender Frachtführer das Gut mit dem ursprünglichen, d. h. dem ersten Frachtführer zugleich mit dem Gut übergebenen und von diesem angenommenen, Frachtbrief übernimmt. Regelmässig wird in diesem Fall nach dem oben Bemerkten der erste Frachtführer den Transport nach Massgabe des Frachtbriefs übernommen haben, doch kann dies auch durch ausdrückliche oder stillschweigende Verabredung ausgeschlossen sein. Wie dieses Rechtsverhältniss sich gestaltet, ist jedoch für die Bestimmungen des zweiten Absatzes gleichgültig, da dieser lediglich das Rechtsverhältniss der späteren Frachtführer betrifft und in dieser Beziehung folgende Rechtssätze aufstellt.

Nimmt der spätere Frachtführer das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief an, so tritt er dadurch in ein directes obligatorisches Verhältniss zum Absender. Die Lex dieser Obligation bildet der Frachtbrief, und zwar seinem ganzen Inhalt nach in der Art, dass der Frachtführer nicht nur für den Theil des Transports, welchen er selbst ausführt, sondern auch für den vorher und nachher von den anderen Frachtführern ausgeführten haftet. Er haftet dem Absender (beziehungsweise Empfänger), wie wenn er den ganzen im Frachtbrief bezeichneten Transport von Anfang an bis zur Ablieferung übernommen hätte. Mehrere Frachtführer, welche auf Grund eines und desselben Frachtbriefs ein Gut successiv transportiren, werden mithin correi debendi [2]). Der Absender (beziehungsweise Empfänger) kann bei Nichtablieferung des Guts oder im Fall der Beschädigung desselben jeden der Frachtführer belangen, ohne dass dieser ihn an einen anderen Frachtführer verweisen kann; selbst dann nicht, wenn er beweist, dass der Schade nicht durch ihn verschuldet ist.

§. 4. Von diesen Bestimmungen nicht berührt wird das Rechtsverhältniss der mehreren Frachtführer unter einander. Dieses wird durch die zwischen den übergebenden und übernehmenden Frachtführern abgeschlossenen Verträge, in welchen Vereinbarungen der verschiedensten Art enthalten sein können und für welche der Frachtbrief nicht nothwendig massgebend ist, geregelt. So kann z. B. der erste Frachtführer mit dem zweiten, welchem er das Gut zum Transport für den Rest der Reise über-

[2]) Dieses Rechtsverhältniss kann dadurch modificirt sein, dass der erste Frachtführer den Frachtvertrag nicht gemäss dem Frachtbrief abgeschlossen hat, sondern dass besondere Verabredungen zwischen ihm und dem Absender getroffen worden sind. Dadurch wird jedoch das Rechtsverhältniss der übrigen Frachtführer nicht betroffen, für welche dem Absender (beziehungsweise Empfänger) gegenüber lediglich der Frachtbrief massgebend ist. (Ueber das Verhältniss der successiven Frachtführer unter einander s. §. 4.)

giebt, über einen niedrigeren oder höheren als den im Frachtbrief angegebenen Frachtsatz [3]) oder dahin übereinkommen, dass der zweite Frachtführer einen geringeren Grad von Diligenz zu prästiren haben soll [4]), als nach Rechtssatz oder specieller Bestimmung des Frachtbriefs zu prästiren ist. Ebenso wird gegenüber dem ersten oder überhaupt früheren Frachtführer lediglich aus dem mit demselben abgeschlossenen Vertrag die Frage zu beurtheilen sein, ob der zweite oder spätere Frachtführer, wenn er das Gut einem Dritten zum Weitertransport übergiebt, für den durch diesen ausgeführten Transport einzustehen hat, oder ob er in Betreff desselben nur als Spediteur erscheint u. s. w. Art. 401.

Ist zwischen den Frachtführern nichts Besonderes verabredet, so ist anzunehmen, dass der spätere Frachtführer nicht für denjenigen Schaden haftet, welcher während des Transports durch einen früheren Frachtführer entstanden ist, dass aber im Zweifel der spätere Frachtführer seinem Vormann für den von der Uebernahme des Guts durch ihn an entstandenen Schaden haftet, nicht also durch den Beweis, dass derselbe bei seinem Nachmann entstanden sei, sich liberirt.

Das Rechtsverhältniss der mehreren successiven Frachtführer unter einander wird hauptsächlich [5]) dann von Interesse, wenn der eine Frachtführer wegen Verlusts oder Beschädigung des Guts dem Absender oder Empfänger hat Ersatz leisten müssen und nun gegen einen anderen Frachtführer Regress nimmt [6]).

Art. 402.

Der Frachtführer hat den späteren Anweisungen des Absenders wegen Zurückgabe des Guts oder wegen Auslieferung desselben an einen anderen als den im Frachtbrief bezeichneten Empfänger so lange Folge zu leisten, als er nicht Letzterem nach Ankunft des Guts am Ort der Ablieferung den Frachtbrief übergeben hat. Art. 402.

[3]) Im ersteren Fall hat er den Mehrbetrag der von ihm erhobenen frachtbriefsmässigen Fracht dem ersten Frachtführer herauszugeben, im zweiten von diesem den Minderbetrag ersetzt zu verlangen.

[4]) In diesem Fall kann er, wenn er dem Absender oder Empfänger Schadensersatz leisten muss, möglicher Weise vom ersten Frachtführer Ersatz verlangen, beziehungsweise der Regress des Schadensersatz leistenden Vormanns gegen ihn ist ausgeschlossen, auch wenn jener beweist, dass der Schade nicht unter ihm entstanden war.

[5]) Nicht ausschliesslich. So kann es namentlich auch bei der Regulirung der Frachtzahlung (s. o. Note 3. 4) von Interesse werden.

[6]) Während unser Artikel nichts über den Regress enthält, wird in Art. 429 desselben ausdrücklich gedacht. Es erklärt sich dies daraus, dass man das Missverständniss vermeiden wollte, als ob durch die Verabredung, dass die Zwischenfrachtführer dem Absender nur beschränkt haften sollten, auch ihre Verpflichtung dem ersten beziehungsweise letzten Frachtführer gegenüber ausgeschlossen sei.

Art. 402. Ist dies bereits geschehen, so hat er nur die Anweisungen des bezeichneten Empfängers zu beachten, widrigenfalls er demselben für das Gut verhaftet ist.

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung Art. 340. — Entwurf II. Lesung Art. 377.

Protok. S. 851 f. — 1232 bis 1234. — 4731 bis 4733. 5098. — Monita 457 bis 460.

§. 1. Der Frachtführer erwirbt kein Recht auf Ausführung des Transports, sondern nur auf Zahlung der Fracht, Ersatz der Vorschüsse u. s. w. Der Absender ist befugt, jederzeit, sei es vor, sei es nach Ankunft am Bestimmungsort, das Gut zurückzufordern, die Auslieferung an eine andere als die im Frachtvertrag bestimmte Person anzuordnen, und überhaupt sonstige das Gut betreffende Massregeln anzuordnen, welche den Frachtführer nicht in eine schlechtere Lage versetzen. Sind mit der Befolgung dieser Anweisungen Auslagen für den Frachtführer verbunden, oder drohen ihm dadurch Verluste, so ist der Frachtführer berechtigt, Ersatz zu fordern und kann unter Umständen auch vorgängige Cautionsleistung verlangen (vergl. Art. 582 f.). Eine Veränderung der Reise zu verlangen ist der Absender nicht berechtigt.

Diese Befugniss des Absenders, dem Frachtführer Anweisungen zu ertheilen, erkennt unser Artikel an.

§. 2. Ehe das Gut am Ablieferungsort angekommen ist, kann die Dispositionsbefugniss des Absenders nicht aufgehoben werden. Von Ankunft des Guts an kann sie unwirksam gemacht werden

1) dadurch, dass der Empfänger gegen den Frachtführer auf Uebergabe des Frachtbriefs und Auslieferung des Guts Klage erhebt (Art. 405),

2) dadurch, dass der Frachtführer dem Empfänger den Frachtbrief übergiebt.

Den zweiten Punkt behandelt unser Artikel.

§. 3. Der Frachtführer, welcher nach Ankunft des Guts am Ablieferungsort den Frachtbrief dem Empfänger übergiebt, erklärt damit der allgemeinen Anschauung des Verkehrs gemäss (Art. 279), dass er dem Empfänger das Gut auf Grund des Frachtvertrags übergeben wolle. Der Empfänger nimmt durch Annahme der Urkunde das Versprechen an [1]).

[1]) Beide Erklärungen können auch in Worten abgegeben werden. Erfolgt die Erklärung des Frachtführers auf Grundlage des präsentirten Frachtbriefes und nimmt der Empfänger dieselbe an, so ist der Umstand, dass der Frachtführer den Frachtbrief wieder an sich nimmt, um ihn eventuell erst gegen Zahlung der Fracht

Für das frühere Recht hatte ein solcher Vertrag eine grössere Bedeutung als für das heutige, da der Empfänger nur durch denselben ein Recht auf Ausantwortung des Guts, wenigstens ein in eigenem Namen auszuübendes, erwarb, während jetzt durch Art. 405 dem Empfänger dies Recht schon in Folge der Thatsache, dass das Gut am Ablieferungsort angekommen ist, eingeräumt ist. Die Bedeutung des Vertrags für das heutige Recht besteht darin, dass die Lex, auf Grund welcher das Gut auszuliefern ist, fixirt wird. Verabredungen zwischen Absender und Frachtführer, beziehungsweise einseitige Bestimmungen des Absenders, präjudiciren dem Empfänger, nachdem er den Frachtbrief erhalten, nicht mehr, während, wenn dies nicht der Fall ist, trotz dem dem Absender nach Art. 405 zustehenden Rechts beides noch bis zur Klaganstellung durch den Empfänger zulässig ist [2]). Art. 402.

Was das Verhältniss des Frachtführers zum Absender betrifft, so ist er diesem gegenüber verpflichtet, nach Ankunft des Guts am Ablieferungsort dasselbe dem Empfänger nach Massgabe des zu dieser Zeit bestehenden Frachtvertrags auszuliefern. Er ist folgeweise dem Absender gegenüber dazu auch berechtigt und muss daher auch als berechtigt erscheinen, sich dem Empfänger dazu zu verpflichten, d. h. der Absender ist nicht berechtigt irgend welche Handlung vorzunehmen, durch welche der Frachtführer ausser Stand gesetzt würde die gegenüber dem Empfänger eingegangene Verpflichtung zu erfüllen. §. 4.

Fraglich kann noch sein, ob durch Uebergabe und Annahme des Frachtbriefs lediglich der Frachtführer sich verpflichte, oder **ob auch der Empfänger eine Verpflichtung eingehe**, nämlich die zur Zahlung der Fracht u. s. w. gegen Auslieferung des Guts. Die Absicht der Parteien **kann** auf Eingehung einer solchen Verpflichtung gerichtet sein, und ob dies der Fall, ist aus den Umständen des einzelnen Falls zu entnehmen; die **einfache** Annahme des Frachtbriefs kann aber keineswegs als genügender Ausdruck dieses Willens anerkannt werden. Es ist keine dem wahren Sachverhältniss entsprechende Annahme, dass der Empfänger die Anweisung des Absenders die Fracht zu zahlen durch Entgegennahme des Frachtbriefs acceptire [3]). §. 5.

zum Zweck der Quittirung derselben dem Empfänger auszuhändigen (vergl. über dies Verfahren Bemerkungen zu Art. 406 §. 1) auf die Rechtsbeständigkeit der Verpflichtung ohne Einfluss.

[2]) Siehe Bemerkungen zu Art. 405 §. 8 Nr. 3.

[3]) Es ist überhaupt nicht gerechtfertigt, wenn man sich dadurch, dass im Verhältniss zum Frachtführer das im einzelnen Fall zwischen Absender und Empfänger bestehende Rechtsverhältniss (z. B. als Verkäufer und Käufer, Committent und Commissionär) nicht in Betracht kommt, bestimmen lässt, das Rechtsverhältniss zwischen

Art. 402. §. 6. Das zwischen dem Absender und dem Empfänger in Betreff des Guts bestehende Rechtsverhältniss, sowie das Recht des Absenders am Gut wird durch die Uebergabe des Frachtbriefs an den Empfänger an sich nicht berührt. Nur das ist ausgeschlossen, dass der Absender diese Rechte durch eine einfache Anweisung an den Frachtführer realisiren kann, wie er das vor der Uebergabe zu thun im Stande ist. Dies wird insbesondere wichtig für das Verfolgungsrecht des Absenders (stoppage in transitu, droit de suite)[4]. Liegen die Voraussetzungen zu diesem vor, so kann der Absender die Waare auch, nachdem der Empfänger den Frachtbrief erhalten hat, verfolgen, indem er Arrestlegung erwirkt[5].

Nur in dem Fall, wenn das Recht zu seiner Voraussetzung die Detention einer Sache, bez. die Möglichkeit der Verfügung über dieselbe hat[6],

dem Absender als solchem und Empfänger als solchem auch in Betreff der Beziehungen dieser Personen zu einander abstract zu fassen und z. B. von einem durch Absendung des Guts mit Frachtbrief dem Empfänger ertheilten Mandat (genauer einer an ihn gerichteten Mandatsofferte), das Gut abzunehmen und die Fracht zu zahlen, spricht. Zwar kann im einzelnen Fall ein solches lediglich hierauf gerichtetes Mandat vorliegen, und in einem solchen Fall hat der Empfänger durch Annahme des Guts und Zahlung der Fracht in der That eine actio mandati contraria erworben. Wenn aber, wie dies regelmässig der Fall ist, zwischen Absender und Empfänger in Betreff des zugesendeten Guts ein besonderes Rechtsverhältniss besteht oder begründet werden soll, so kann dasselbe nicht etwa, soweit es sich auf Zusendung und Abnahme des Guts und Zahlung der Fracht bezieht, von dem übrigen Inhalt gesondert betrachtet und unter einen anderen Rechtsbegriff gebracht werden. Als Rechtsgrund der einzelnen Handlung, welche der Käufer oder der Committent vorzunehmen hat, kann nicht ein Mandat angenommen werden: gegen ihn ist weder eine actio mandati directa begründet, noch hat er eine actio mandati contraria. Hat also z. B. der Verkäufer dem Käufer die gekaufte Waare zugesendet, so steht diesem nicht etwa die actio mandati auf Ersatz der bezahlten Fracht zu, gegen welche der Verkäufer, soweit er vertragsmässig gehandelt, eine exceptio aus dem Kaufvertrag hätte, sondern der Käufer hat, wenn die Zusendung vertragsmässig erfolgte, gar keine Klage, und wenn sie nicht vertragsmässig geschah, kann er seinen etwaigen Anspruch nur mit der actio emti geltend machen. Hat er vielleicht auf Grund des Frachtbriefs eine höhere Fracht, als bei Abschluss des Kaufvertrags vereinbart war, oder überhaupt Fracht bezahlen müssen, während Francosendung verabredet war, so kann er den Anspruch auf Ersatz dieses Betrags (beziehungsweise Mehrbetrags) nicht mit der actio mandati contraria, sondern nur mit der actio emti einklagen. Dasselbe ist der Fall, wenn dem Committenten das Commissionsgut vom Einkaufscommissionär zugeschickt oder vom Verkaufscommissionär zurückgeschickt wird. Der Committent macht seine Ansprüche, mag er Absender oder Empfänger sein, immer mit der actio mandati directa aus dem Commissionsgeschäft, der Commissionär die seinigen mit der actio mandati contraria geltend. Mit anderen Worten: Zur Substantiirung der Klage des Empfängers gegen den Absender, sowie umgekehrt, ist immer die Angabe des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses erforderlich.

[4]) Vergl. darüber: Neues Archiv Bd. III, S. 249 ff., siehe insbesondere S. 274 Note ****). Bd. IV, S. 379 ff.

[5]) Ueber die Verhandlungen betreffs der Aufnahme einer Bestimmung hierüber siehe den folgenden Zusatz.

[6]) Z. B. beim Retentionsrecht des Art. 313, dem Pfandrecht des Commissionärs Art. 374) und des Spediteurs (Art. 383).

kann das bis zur Uebergabe des Frachtsbriefs dem Absender zustehende Recht diesem von da an verloren gehen. Dieselbe Wirkung hat die Anstellung der Klage auf Grund des Art. 405. Art. 402.

In dritter Lesung war bemerkt worden: „Durch die jetzige Fassung des Artikels komme man mit der jetzt im Verkehr üblichen Verfahrungsweise in Widerspruch, indem es z. B. der Frachtführer nicht mehr wagen könnte, dem Empfänger zuerst die Güter und erst später den Frachtbrief zuzusenden, wie dies jetzt bei den Eisenbahnen zum Vortheil des Publicums, welches dadurch schneller in die Lage versetzt werde über die Güter zu verfügen, häufig vorkomme, weil er sich dadurch ausser Stand setzen würde, den etwa noch eintreffenden entgegengesetzten Anordnungen des Absenders zu genügen." Dagegen wurde mit Recht bemerkt: „Von selbst verstehe sich, dass auch die am Bestimmungsort erfolgende Uebergabe der Güter allein dem Dispositionsrecht des Absenders ein Ende mache, weil der Frachtführer dadurch den Vertrag erfülle, und es keinem Zweifel unterliege, dass er die behufs Erfüllung seiner Obliegenheiten übergebenen Güter nicht mehr zurückverlangen könne, eine anderweitige Disposition des Frachtführers auch factisch nicht mehr möglich sei." Protok. S. 4731 bis 4733. Dies gilt natürlich nur von der Uebergabe am Ablieferungsort. §. 7.

Zusatz.

Ueber das Verfolgungsrecht des Absenders.

Als in dritter Lesung der den jetzigen Artikeln 404 und 405 zu Grund liegende Antrag gestellt wurde, erkannte der Antragsteller ausdrücklich an, dass dadurch, dass dem Empfänger ein eigenes Recht auf Ablieferung des Guts eingeräumt werde, die Rechte des Absenders, besonders die sogenannte stoppage in transitu, nicht beschränkt oder gefährdet werden solle (Protokolle S. 4755). Später wurde der Antrag gestellt, folgenden Zusatzartikel aufzunehmen: Zusatz.

„Das unmittelbar zwischen dem Absender und Empfänger bestehende Rechtsverhältniss, insbesondere die Frage, unter welchen Voraussetzungen und bis zu welchem Zeitpunkt der Absender dem Empfänger gegenüber befugt ist, die Nichtauslieferung der Waare an den letzteren zu erwirken (stoppage in transitu, droit de suite), wird durch die Bestimmungen der Art. 377. 379 Abs. 1 und 389 bis 391 (des Entwurfs zweiter Lesung entsprechend den Art. 402. 405. 416 bis 418 des Gesetzbuchs) nicht berührt."

Zusatz. Zur Begründung dieses Vorschlags ward bemerkt: „Bei der Entscheidung darüber, welche Rechte der Absender des Frachtguts und welche der Empfänger an dasselbe habe, müsse man die Frage, wie sich der Frachtführer den beiden eben genannten Personen gegenüber zu verhalten habe, von dem zwischen dem Absender und Empfänger bestehenden und dem Transport der Güter zum Grunde liegenden Verhältniss trennen. Die in dem Zusatzantrag aufgeführten Artikel beträfen nur die erste Frage und regelten nur das Verhältniss des Frachtführers zum Absender einerseits und zum Empfänger andererseits, indem sie ihm vorschrieben, wie lange er dem Absender zu gehorchen habe, wenn dieser andere Verfügungen über das Frachtgut treffe, und von wann an er den Weisungen des Absenders kein Gehör mehr schenken, sondern nur noch den Anordnungen des Empfängers gemäss handeln dürfe.

Diese Bestimmungen hätten demzufolge auf das zwischen dem Absender und Empfänger bestehende directe Rechtsverhältniss und die hieraus entspringenden Rechte des Absenders gegen den Empfänger, so namentlich auch auf das in den einzelnen Gesetzgebungen begründete Recht des Ersteren, die Auslieferung des Frachtguts an den Letzteren zu hindern, weil dieser inzwischen unsicher geworden sei u. dgl. (das Recht der stoppage in transitu, des droit de suite), nur insofern einen Einfluss, als sie der Absender durch eine einfache Weisung an den Frachtführer zur Geltung bringen wolle, und nur insoweit könnten die betreffenden Rechte des Absenders auf Grund der oben aufgeführten Artikel mit dem Augenblick, von welchem an der Frachtführer nur noch den Befehlen des Empfängers Folge zu leisten habe, für erloschen erachtet werden. Soweit es dagegen möglich sei, das dem Frachtgeschäft zu Grunde liegende materielle Rechtsverhältniss zwischen Absender und Empfänger, sowie die erwähnten Rechte des Ersteren auf anderem Wege, z. B. durch Erwirkung einer gerichtlichen Arrestlegung zur Geltung zu bringen, würden sie durch die oben bezeichneten Artikel nicht berührt, wenn nicht allenfalls zufällig das unterliegende Verhältniss mit dem Transportgeschäft insofern zusammenstimme, dass die Handlungen des Frachtführers auch auf das unterliegende Rechtsverhältniss von Einfluss seien, wie dies z. B. bezüglich der Tradition der Güter bei einem auf Uebertragung des Eigenthums gerichteten Geschäfte der Fall sein könne. Da aber die Bestimmung des Artikels 379, dass der Empfänger ein eigenes Recht gegen den Frachtführer haben solle, zu dem Missverständniss führen könne, als sei die eben vertretene Auffassung nicht die richtige, empfehle es sich, jeden Zweifel darüber durch den beantragten Zusatzartikel auszuschliessen."

Der Antrag wurde zwar nicht angenommen, weil man ihn in seiner Allgemeinheit nicht für gerechtfertigt hielt, jedenfalls aber befürchtete, dass er leicht zu grossen Missverständnissen Veranlassung geben könne, dagegen wurde bemerkt: „Soviel diejenigen speciellen Rechte betreffe, welche in dem vorliegenden Antrage namhaft gemacht seien (welche meistens als Concursprivilegien in den verschiedenen Gesetzgebungen verschieden geregelt seien, weshalb auch keinesfalls die in dem Antrag proponirte enge Fassung für das Handelsgesetzbuch passen würde, da sie nur von einem nicht einmal allenthalben bekannten Recht auf Nichtauslieferung spreche), so würden diese Rechte durch den lediglich die Rechte des Frachtführers gegen den Absender und Empfänger regelnden Art. 377 gar nicht berührt, dies sei aber auch ganz selbstverständlich und die Aufnahme des in Rede stehenden Antrags somit nicht erforderlich." Zusatz.

Dieser Ansicht trat die Versammlung bei. Protok. S. 4776 bis 4778. 5047 f.

Vergl. auch die Schlussbemerkung zu dem in zweiter Lesung des Seerechts vom Verfasser gestellten Antrag über die rechtliche Bedeutung der Uebertragung der Connossemente. Protok. S. 4027.

Art. 403.

Der Frachtführer ist verpflichtet, am Ort der Ablieferung dem durch den Frachtbrief bezeichneten Empfänger das Frachtgut auszuhändigen. Art. 403.

Preuss. Entwurf Art. 322. 323. — Entwurf I. Lesung Art. 347. — Entwurf II. Lesung Art. 378.

Protok. S. 853. — 1240. — 5098.

Dass die selbstverständliche Bestimmung dieses Artikels im Gesetzbuch sich befindet, erklärt sich daraus, dass sie im preussischen Entwurf in Zusammenhang mit der Bestimmung über die Ablieferung für den Fall, dass der Frachtführer Duplicate des Frachtbriefs [1]) ausgestellt hat (in Art. 322 und 323), enthalten und in Gegensatz zu dieser gestellt war. Auch hatte der Artikel, ehe Art. 404 und 405 angenommen und in der jetzigen Weise gefasst waren, einige Bedeutung durch die Worte: „am Ort der Ablieferung". — Später blieb er wohl als ungefährlich unbeanstandet.

[1]) Diese Duplicate entsprechen den Ladescheinen des Gesetzbuchs. Siehe Vorbemerkung zu Art. 413 bis 419.

Art. 404.

Art. 404. Der im Frachtbrief bezeichnete Empfänger ist vor Ankunft des Guts am Ort der Ablieferung dem Frachtführer gegenüber berechtigt, alle zur Sicherstellung des Guts erforderlichen Massregeln zu ergreifen und dem Frachtführer die zu diesem Zweck nothwendigen Anweisungen zu ertheilen; die Auslieferung des Guts kann er vor dessen Ankunft am Orte der Ablieferung nur dann fordern, wenn der Absender den Frachtführer zu derselben ermächtigt hat.

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung: fehlt. — Entwurf II. Lesung: fehlt.

Protok. S. 1233. — 4755. 4758. 5098 f. — Monitum 461 Abs. 2.

§. 1. Ob nach den Beschlüssen der ersten beiden Lesungen und den dem jetzigen Art. 405 entsprechenden Art. 341 Abs. 1 des Entwurfs erster Lesung und Art. 379 Abs. 1 des Entwurfs zweiter Lesung das in unserm Artikel gewährte Recht dem Absender zugestanden habe, oder ob es durch die Worte: „nach Massgabe des Frachtbriefs geltend zu machen", ausgeschlossen gewesen sei, kann dahin gestellt bleiben. In zweiter Lesung wurde bei Berathung des dem Art. 402 des Gesetzbuchs entsprechenden Art. 340 bemerkt, „dass man keineswegs ohne Ausnahme dem Destinatär das Recht nehmen könne, vor Vollendung der Reise Dispositionen über die Waaren zu treffen, und dass man deshalb den Frachtführer nicht ganz unbedingt an die Vorschriften des Art. 340 binden könne; eine solche Bestimmung werde ebenso oft zum Nachtheil des Versenders als des Empfängers gereichen. Dies sei z. B. dann der Fall, wenn die Vollendung der Reise durch Elementarereignisse, Einfrieren des Schiffes u. dgl., verhindert werde. In einem solchen Fall müsse man dem Destinatär das Recht zugestehen, wegen des Weitertransports der Waaren Verfügungen zu treffen, und könne den Frachtführer wegen der nöthigen Instructionen gewiss nicht an den oft weit entfernten Absender verweisen."

„Die Meinungen über das, was in solchen Fällen Rechtens sei, waren getheilt. Mehrere Mitglieder hielten auch in solchen Fällen die Bestimmung des Artikels für zutreffend, andere waren der Ansicht, in einem Fall der eben erwähnten Art sei der Ort, wo das Elementarereigniss den Frachtführer festhalte, als Bestimmungsort anzusehen, noch andere hielten

dafür, der Empfänger könne als Vertreter des Absenders diejenigen Verfügungen treffen, die zur Vollendung der nach dem Frachtvertrag von dem Absender beabsichtigten Reise, also zur Ausführung des Willens des Absenders erforderlich schienen." (Protok. S. 1233.) Art. 404.

Der in Monitum 461 Abs. 2 gestellte Antrag: „Bis zur Ankunft der Güter am Bestimmungsort gilt der im Frachtbrief bezeichnete Empfänger insoweit als vermuthlicher Beauftragter des Absenders, dass er zur Einleitung den Frachtführer controlirender Massregeln legitimirt ist", wurde, nachdem die in Abs. 1 dieses Monitums auch für die Zeit nach Ankunft des Guts am Ablieferungsort festgehaltene Auffassung des Empfängers als präsumtiven Bevollmächtigten des Absenders verworfen worden war (Protok. S. 4735), nicht weiter verfolgt. In einer späteren Sitzung, in welcher die Geltendmachung der Rechte des Empfängers auf Auslieferung des Guts ausdrücklich auf die Zeit nach Ankunft des Guts (beziehungsweise des Frachtführers) am Ablieferungsort zu beschränken beschlossen wurde [1], ward ein unserm Artikel entsprechender Antrag gestellt und angenommen. (Protok. S. 4755. 4758.)

Aus denselben Gründen, welche dazu geführt haben, nach Ankunft des Guts am Ablieferungsort dem Empfänger ein Recht auf Auslieferung des Guts u. s. w. zuzuschreiben (Art. 405), ist auch das Recht des Empfängers anerkannt worden, schon vor diesem Zeitpunkt für die Sicherstellung des Guts zu sorgen. Die Natur dieses Rechts ist die nämliche, wie die jenes Rechts, d. h. der Empfänger ist durch den Umstand allein, dass er im Frachtbrief als solcher bezeichnet ist, dem Frachtführer gegenüber legitimirt, die zur Sicherstellung des Guts erforderlichen Massregeln selbst zu ergreifen. Der Frachtführer hat also die betreffenden Handlungen zuzulassen und die zu diesem Zweck ihm ertheilten Anweisungen zu befolgen, soweit er dazu verpflichtet sein würde, wenn sie ihm vom Absender ertheilt worden wären. Handelt der Frachtführer dieser Verpflichtung entgegen, so ist er für den daraus entstandenen Schaden dem Absender, beziehungsweise auf Grund des Art. 405 dem Empfänger ersatzpflichtig. Der Absender selbst bleibt aber immer dominus negotii, so dass wenn Massregeln und Anweisungen des Empfängers mit denen des Absenders collidiren, letztere vorgehen. Solche Anweisungen können von Anfang an als eventuell zu befolgende dem Frachtführer ertheilt sein, z. B. dahin, dass er sich in allen oder in bestimmten Fällen an bestimmte Personen (Geschäftsfreunde des Absenders) zu wenden und nach deren Anweisung zu verfahren habe. §. 2.

[1]) Siehe Bemerkungen zu Art. 405 §. 5.

Art. 404. §. 3. Der Artikel spricht nur und kann nur sprechen von dem Rechtsverhältniss zwischen Empfänger und Frachtführer. Ob daraus, dass der Empfänger Massregeln zur Sicherstellung des Guts getroffen hat, ein Rechtsverhältniss zwischen ihm und dem Absender entsteht, insbesondere ein Anspruch des Empfängers auf Ersatz der gemachten Auslagen oder ein Schadensanspruch des Absenders wegen Zweckwidrigkeit der Massregeln, ist altioris indaginis. Die Entscheidung ist zu entnehmen aus dem materiellen Verhältniss, für wessen Rechnung der Frachtvertrag abgeschlossen war, wer Eigenthümer des Guts oder sonstiger Interessent ist, beziehungsweise daraus, ob die Voraussetzungen der negotiorum gestio vorliegen u. s. w.

Die Auslieferung des Guts kann er etc. Dieser Satz spricht den in Art. 405 enthaltenen Satz negativ aus.

Art. 405.

Art. 405. Nach Ankunft des Frachtführers am Ort der Ablieferung ist der im Frachtbrief bezeichnete Empfänger berechtigt, die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte gegen Erfüllung der Verpflichtungen, wie sie der Frachtbrief ergiebt, in eigenem Namen gegen den Frachtführer geltend zu machen, sei es, dass er hierbei in eigenem oder fremdem Interesse handle; er ist insbesondere berechtigt, den Frachtführer auf Uebergabe des Frachtbriefs und Auslieferung des Guts zu belangen, sofern nicht der Absender demselben vor Anstellung der Klage eine nach Massgabe des Art. 402 noch zulässige entgegenstehende Anweisung gegeben hat.

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung Art. 341 Abs. 1. — Entwurf II. Lesung Art. 379 Abs. 1.

Protok. S. 816. 818 bis 822. — 1234 bis 1236. — 4733 bis 4735. 4754 bis 4758. 5044 bis 5047. 5099 f. — Monitum 461 Abs. 1. 3.

§. 1. **I. Geschichte des Artikels.** Der Artikel gelangte erst nach mehrfachen Abänderungen zu seinem Abschluss.

In erster Lesung wurde folgende Bestimmung beantragt:

„Der im Frachtbrief bezeichnete Empfänger ist befugt, die Rechte gegen den Frachtführer nach Massgabe des Frachtbriefs geltend zu machen.

Zu dem Ende steht ihm ein selbständiges Klagerecht zu, mag er dasselbe im eigenen Interesse oder im Interesse eines dritten Berechtigten ausüben." **Art. 405.**

(Protok. S. 816.) Zur Rechtfertigung dieses Antrags wurde Folgendes geltend gemacht.

„Die in dem Antrag enthaltenen Sätze seien zwar ohne Zweifel auch der Absicht des Entwurfs entsprechend, es sei aber auch hinreichender Grund vorhanden, dieselben ausdrücklich in das Gesetz aufzunehmen. Bei Frachtverträgen reichten nämlich die Sätze des gemeinen Rechts über die Berechtigung Dritter aus einem Vertrage unter anderen Personen nicht aus. Der Absender schliesse einen Vertrag mit dem Frachtführer in der Meinung, dass derselbe die Grundlage eines Rechtsverhältnisses des Frachtführers zu dem Dritten werden solle, kraft dessen der Frachtführer auch dem Dritten verpflichtet würde, die empfangene Waare demselben auszuliefern. Der Frachtvertrag enthalte zwei Anweisungen, die eine an den Fuhrmann, die Waare dem Empfänger auszuliefern, die andere an den Empfänger, die Fracht dem Fuhrmann zu bezahlen. Gewöhnlich werde nur die letztere ins Auge gefasst, das Bedürfniss des Verkehrs weise aber ganz besonders auch darauf hin, dass man auch die erstere ins Auge fasse und dem Empfänger gegen den Fuhrmann unmittelbare Rechte verleihe, und zwar ohne ein weiteres Erforderniss, als dass der Empfänger von dem Frachtvertrage Kenntniss erlangt habe. Man könne zwar sagen, es sei zur Erzeugung solcher Rechte des Empfängers aus der Assignation jedenfalls ein förmlicher Act nothwendig, durch den sich der Fuhrmann dem Assignatar verpflichte, wie z. B. die Ueberreichung des Frachtbriefes; dies genüge aber dem praktischen Bedürfnisse entschieden nicht. Der Absender legitimire sich lediglich dadurch, dass er den Act der Absendung, der Uebernahme des Transports durch den Fuhrmann nachweise. In eine gleiche Stellung müsse auch der Empfänger gebracht werden, wenn dem Bedürfniss Genüge geschehen solle. Was könnte auch ein Recht des Empfängers bedeuten, welches davon abhinge, ob es dem Frachtführer gefiele, den Frachtbrief abzuliefern oder denselben zurückzubehalten, obschon er am Bestimmungsort längst mit der Waare angelangt sei? Der Frachtbrief sei nichts als eine Beweisurkunde; es lasse sich daher nicht absehen, wie an dieselbe und an deren Uebergabe die Entstehung eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Frachtführer und dem Empfänger gebunden sein solle. Es müsse also genügen, dass der Absender den Empfänger von der Uebernahme der Fracht in Kenntniss setze, um ihm unmittelbare Rechte gegen den Frachtführer zu geben. Dabei könne man nicht zu viel Gewicht auf das Recht des Widerrufs des Ab-

Art. 405. senders legen, denn dieses bedürfe einer besonderen Regelung, von ihm werde aber erst bei Art. 320 zu sprechen sein."

Hiergegen wurde bemerkt — — — „Das Entscheidende liege nicht in der Eigenschaft des Frachtbriefs als eines Beweismittels, sondern in der Thatsache der Uebergabe desselben durch den Verpflichteten an den Berechtigten. Von einer anderen Seite wurde hervorgehoben, es sei kein Bedürfniss dafür vorhanden und auch juristisch nicht gerechtfertigt, neben dem Vertrag zwischen dem Absender und Frachtführer einen weiteren Vertrag zwischen dem Frachtführer und Empfänger auf Auslieferung der Waare anzunehmen; man könne dies keineswegs — aus der Meinung derjenigen schliessen, welche den Frachtvertrag eingingen; denn wenn man auch nicht verkennen könne, dass der Wille des Absenders dahin gehe, dass der Empfänger die Waare erhalte, so lasse sich doch nicht annehmen, dass der Absender immer auch den Willen habe, dass der Destinatär sofort mit der Thatsache der Uebernahme einer Waare durch den Frachtführer unmittelbare Rechte an dieselbe erlange. Die Frage des Widerrufsrechts könne hier nicht ausser Acht gelassen werden, sie hänge davon ab, wer dominus negotii sei, wem der Frachtführer Folge zu leisten habe. Neben einer Bestimmung, dass der Empfänger ein selbständiges, unmittelbares Recht an die vom Frachtführer übernommene Waare habe, lasse ein solches Widerrufsrecht des Absenders sich nicht denken, denn der Frachtführer könne nicht mit zwei Personen in Beziehung stehen, von denen jede selbständige Rechte habe, die eine auf Zurückbehaltung, die andere auf Auslieferung der Waare. Dem Bedürfniss könne aber schon auf andere Weise genügt werden, indem man nämlich den Empfänger als den Bevollmächtigten des Absenders ansehe. Demzufolge wurde der Antrag gestellt, statt des ersten Absatzes des obigen Antrags folgende Bestimmung anzunehmen:

„„Der Destinatär gilt auch in dem Fall, wenn der Frachtführer sich ihm nicht verpflichtet hat, im Zweifel für bevollmächtigt, den Frachtführer am Bestimmungsort zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten aus dem Frachtvertrag anzuhalten.""

Man wendete jedoch hiergegen ein, abgesehen davon, dass man nicht wisse, für wen der Empfänger als bevollmächtigt anzusehen sei, für den Absender, oder für den, der sonst der dominus negotii sei, könne es ja kommen, dass der Absender mit der Waare nichts weiter zu thun haben wolle, und in solchen Fällen befinde sich der Empfänger, wenn er kein eigenes Recht hätte und nur als Bevollmächtigter des Absenders angesehen werden sollte, in einer sehr eigenthümlichen Lage. Von einem ganz entgegengesetzten Gesichtspunkte gingen diejenigen Mitglieder aus,

welche den Antrag unter e Abs. 2 für den richtigen hielten und der Meinung waren, der Empfänger habe überall keine Rechte an die vom Frachtführer übernommene Waare, als bis der Frachtbrief von dem letzteren an den ersteren ausgeliefert und somit eine Verpflichtung gegenüber dem Empfänger übernommen wäre. Diese Auffassung sei die des gewöhnlichen Verkehrs und stimme auch mit dem Willen des Absenders überein. Andere Mitglieder aber glaubten, dass man unterscheiden müsse. Sei einmal der Frachtbrief übergeben, dann sei allerdings ein Rechtsverhältniss zwischen dem Frachtführer und dem Empfänger begründet, welches dem letzteren eigene Rechte auf Auslieferung der Waare gebe. Durch die Uebergabe des Frachtbriefs erkläre nämlich der Frachtführer, dass er dem Empfänger gegenüber auf Herausgabe der Waare verpflichtet sein wolle; durch die Annahme des Frachtbriefs acceptire der Empfänger diese Erklärung. Wenn man nun einerseits vor dem Eintritt dieser Verpflichtung von einem eigenen Recht des Empfängers nicht mit Grund sprechen könne, so könne doch auch andererseits nicht verkannt werden, dass dem Empfänger gewisse Befugnisse eingeräumt werden müssten, wenn der Frachtführer den Frachtbrief auszuliefern sich weigere, oder sonst mit der Waare zu malversiren im Begriff stehe, da der Absender aus der weiten Ferne seine Rechte wahrzunehmen selten im Stande sein würde. Für solche Fälle, in denen noch keine Thatsache eingetreten sei, welche dem Empfänger eigene Rechte verleihen könne, empfehle sich die Annahme einer Bevollmächtigung des Empfängers.“ Es wurde ein diesen Ausführungen entsprechender Antrag gestellt, bei der Abstimmung jedoch der oben zuerst angeführte Antrag angenommen, derselbe ist im Entwurf erster Lesung als Art. 341 Abs. 1 aufgenommen (Protok. S. 819 bis 822). **Art. 405.**

In zweiter Lesung wurde hervorgehoben: „Gegründete Bedenken biete das Wort „„selbständiges““. Während der Artikel nur die Absicht habe zu sagen, dass der Empfänger, obwohl beim Abschluss des Frachtvertrags nicht betheiligt, die Befugniss habe, die nach Gestalt der Umstände aus dem Frachtcontract, beziehungsweise Frachtbrief zu folgernden Rechte des Absenders gegen den Frachtführer geltend zu machen, führe das Wort „selbständiges“ zu der strengen, aber auch irrigen Auslegung des Artikels, dass der Empfänger die Befugniss habe, gegen den Frachtführer die aus dem Frachtbrief wie aus einem Literalcontract sich ergebenden Rechte ohne Rücksicht auf die dem Frachtführer aus dem Frachtvertrag, aus der Uebergabe der Waare etc. entspringenden, oder sonst in den Umständen begründeten Einreden, und ohne Rücksicht auf neuerliche Anweisungen des Absenders gegen den Frachtführer zu verfolgen.“ Mit Rücksicht auf diese Bedenken wurde das Wort „selbstän- §. 2.

Art. 405. diges“ gestrichen und ferner der Zusatz angenommen: „Insoweit jedoch der Frachtführer die Anweisungen des Absenders zu befolgen hat (Art. 340 [Art. 402 des Gesetzbuchs]), kann er sich auf dieselben auch dem Empfänger gegenüber berufen.“ (Protok. S. 1234 bis 1236.)

§. 3. In dritter Lesung wurde im Monitum 461 eine Modification des Artikels beantragt, durch welche dem Empfänger nur die Stellung „eines präsumtiven Bevollmächtigten des Absenders eingeräumt wird, als welcher er die Rechte des Absenders in dessen Interesse gegenüber dem Frachtführer zu wahren habe, aber unter allen Umständen dem Absender weichen müsse, wenn dieser anderweitige Dispositionen treffe“. Hierfür wurde Folgendes geltend gemacht.

„Die Rechte des Absenders würden sonst in hohem Grade gefährdet, indem dieser ganz in die Hände des Empfängers gegeben wäre, wenn dieser auch ganz selbständige Rechte gegenüber dem Frachtführer hätte. Der letztere würde z. B., wenn das dem Frachtführer anvertraute Frachtgut verloren gegangen, ohne Weiteres von dem Frachtführer dessen Werth einzuziehen befugt sein, wenn es sich auch um noch so grosse Summen handeln würde. Ferner sei es höchst bedenklich, zwei verschiedenen Personen, nämlich dem Absender und Empfänger, jedem dasselbe Recht gegenüber dem Frachtführer einzuräumen, und doch, wie dies im Entwurfe geschehe, das Verhältniss dieser beiden Personen unter sich ungeordnet zu lassen. Ein solches Verfahren müsse nothwendig zu mannigfachen Complicationen führen.“

Hiergegen wurde mit Bezug auf die Verhandlungen der früheren Lesungen die Auffassung des Entwurfs vertheidigt und insbesondere geltend gemacht: „Die blosse Präsumtion einer Vollmacht des Absenders genüge nicht, denn so oft ein Empfänger gegen den Frachtführer klagend auftrete, werde der letztere mit der Behauptung, das Mandat sei durch den Tod des Absenders u. dgl. erloschen, oder der Empfänger habe in der That noch keinen Auftrag von dem Absender, sich der Güter anzunehmen, Gehör finden müssen, werde dieselbe leicht durch Eideszuschiebung etc. erweisen und damit den Angriffen des Empfängers bis auf Weiteres begegnen können. Gefährdet sei durch den Entwurf der Absender in keiner Weise; denn wem er die werthvolle und kostbare Ladung habe anvertrauen wollen, dem werde er wohl auch die vom Frachtführer dafür bezahlte Geldsumme anvertrauen können. Im Gegentheil führe gerade die in den in Rede stehenden Anträgen vertretene Auffassung weit eher noch als die des Entwurfs zu praktisch bedenklichen Resultaten, indem die Folge der ersteren sein würde, dass z. B. das gegen den Empfänger ergangene richterliche Urtheil auch gegen den Absender

wirksam wäre und der letztere für die Kosten des vom Empfänger verlorenen Processes haften müsste u. dgl." **Art. 405.**

Der Antrag wurde hierauf abgelehnt (Protok. S. 4733 bis 4735) und bei einer weiter unten (§. 5) zu erwähnenden Verhandlung ein anderer Antrag angenommen, in welchem die Befugniss des Empfängers, die Rechte aus dem Frachtvertrag geltend zu machen, als demselben „aus eigenem Recht" zustehend bezeichnet wurde. (Protok. S. 4758.)

Hiergegen aber wurde bei einer späteren Berathung bemerkt, „dieser Ausdruck könne insofern zu einer irrigen Auffassung des Artikels sowie der Bestimmungen über den Frachtbrief überhaupt führen, als man in dem letzteren, wenigstens für das Verhältniss des Frachtführers zum Empfänger, eine Art von Verpflichtungsschein würde finden können, welche auch den Rechten des Absenders präjudicirlich wäre." Man beseitigte aber darum diese Worte nicht, sondern vertauschte sie mit den Worten: „in eigenem Namen", wodurch „dasjenige, was durch jene Worte ausgedrückt werden sollte, dass nämlich der Empfänger nicht bloss als Mandatar oder sonstiger Vertreter des Absenders anzusehen sei", gewahrt blieb.

Bei derselben Gelegenheit wurde anerkannt, dass die Worte „nach Massgabe des Frachtbriefs" mit der Auffassung des Frachtbriefs als Beweisurkunde, sowie mit dem Recht des Absenders, Contreordre zu geben, nicht harmonirten, und beschlossen, nur von den „durch den Frachtvertrag begründeten Rechten" zu sprechen, während hinsichtlich der vom Empfänger zu erfüllenden Bedingungen der Frachtbrief massgebend blieb. (Protok. S. 5045 bis 5047.) §. 4.

Früher schon war ein Antrag angenommen worden, welcher dem Empfänger die Geltendmachung der Rechte aus dem Frachtvertrag erst von der Ankunft des Guts am Ablieferungsort an zugestand, dagegen ihn für die vorhergehende Zeit zur Ergreifung von Sicherstellungsmassregeln autorisirte (Art. 404). §. 5.

Zugleich wurde auch beschlossen, das nach Artikel 402 dem Absender bis zur Auslieferung des Frachtbriefs an dem Empfänger zustehende Recht, dem Frachtführer Anweisung hinsichtlich der Auslieferung des Guts zu ertheilen, dahin zu beschränken, dass dasselbe, sobald der Empfänger Klage erhoben habe, nicht mehr ausgeübt werden könne. (Protok. S. 4755 bis 4758.)

Endlich wurde den Worten: „nach Ankunft des Guts am Ort der Ablieferung" die jetzigen Anfangsworte des Artikels substituirt. Der Antrag wurde damit motivirt: „— weil, wenn jene Worte beibehalten würden, der Empfänger ohne Rechte sein würde, wenn das Gut zur §. 6.

Art. 405. Lieferungszeit fehle, ja selbst wenn es nach Ablauf der Frist fehle, nach welcher es vertragsmässig (z. B. nach den Eisenbahnreglements) als verloren behandelt werden dürfe. Ein solches Resultat würde der Absicht der Versammlung nicht entsprechen, und sei auch in der früheren Berathung des Artikels nicht näher ins Auge gefasst worden."

Es wurde jedoch entgegnet: „Die fraglichen Worte könnten keinenfalls wegbleiben, ohne durch andere ersetzt zu werden, weil sonst der Gedanke verloren gehen würde, auf dessen Ausdruck es hier im Gegensatz zu dem Inhalt des Art. 379 hauptsächlich ankomme, dass nämlich der Empfänger ein Auslieferungsrecht nicht eher habe, als bis der Frachtführer mit dem Gut am Ort der Ablieferung angekommen, beziehungsweise bis der Transport beendigt sei. Da sich indess nicht verkennen lasse, dass die von der Redactionscommission vorgeschlagene Fassung für den Fall bedenklich sei, wenn der Frachtführer zwar mit dem Güterwagen am Ort der Ablieferung angekommen, aber ein einzelnes Stück ganz verloren gegangen und nicht mit angekommen sei, möge nun der betreffende Empfänger nur dies eine Frachtstück zu erhalten gehabt, oder noch andere wirklich erhalten haben, weil ihm in diesem Fall allerdings ein Klagerecht auf Ersatz des verloren gegangenen Frachtstücks zugestanden werden müsse, empfehle es sich zu setzen: „nach Ankunft des Frachtführers", wodurch der fragliche Gedanke, wenn auch bei Festhaltung am Wortlaut nicht vollkommen richtig, so doch sachlich zutreffend und richtiger als durch den Ausdruck: „Ankunft des Guts" wiedergegeben werde. Der vorgeschlagene Ausdruck passe auch auf periodisch dieselben Fahrten wiederholenden Frachtführer, da es sich bei diesen eben um die Ankunft mit dem entsprechenden Zug u. dgl. handeln werde." (Protok. S. 5099 f.)

§. 7. **II. Das Rechtsverhältniss zwischen Empfänger und Frachtführer.**

Contrahenten des Frachtvertrags sind Absender und Frachtführer. Jeder Contrahent kann den anderen auf Erfüllung desselben belangen.

Die thatsächliche Besonderheit des Frachtvertrags bringt es aber mit sich, dass die beiderseitigen Erfüllungshandlungen thatsächlich nicht zwischen dem Absender und dem Frachtführer, sondern zwischen diesem und dem Empfänger vorgenommen werden sollen. Der Frachtführer soll diesem das Gut abliefern, dieser ihm die Fracht zahlen.

Dazu kommt der Umstand, dass der Frachtvertrag in sehr vielen (wohl in den meisten) Fällen für Rechnung des Empfängers abgeschlossen, dass das Gut auf seine Gefahr transportirt wird, dass er also das eigentliche Interesse an der Ausführung des Frachtvertrags hat.

Ferner ist der Empfänger in Betreff der Geltendmachung der Ansprüche gegen den Frachtführer meist in einer günstigeren Lage, als der Absender, sowohl weil am Ablieferungsort das forum contractus begründet ist, als auch weil er sich meist im Besitz des zur gerichtlichen Verfolgung nöthigen Materials befindet. Art. 405.

Aus diesen Gründen erscheint es wünschenswerth, den Empfänger in einen solchen rechtlichen Nexus mit dem Frachtführer zu bringen, dass er von diesem die Vornahme der thatsächlich ihm gegenüber vorzunehmenden Erfüllungshandlungen verlangen, beziehungsweise gegen denselben die aus der Nichterfüllung oder mangelhaften Erfüllung entspringenden Schadensansprüche geltend machen könne, und zwar nicht nur als Vertreter und im Namen des Absenders, sondern in eigenem Namen.

Ob, in welcher Gestalt und unter welchen Voraussetzungen schon vor dem Handelsgesetzbuch dem Empfänger ein solches Recht gegen den Frachtführer zugestanden habe, ist hier unerörtert zu lassen. Unser Artikel gewährt ihm dies Recht als ein ihm in eigenem Namen zustehendes, und zwar ganz ohne Rücksicht darauf, in wessen Interesse der Transport vorgenommen worden ist, wer die Gefahr des Guts zu tragen hat und in wessen Eigenthum dasselbe steht.

Das Rechtsverhältniss ist nicht so aufzufassen, als ob der Empfänger §. 8. von dem in den ersten Worten des Artikels angegebenen Moment in der Art in den obligatorischen Nexus eingetreten gelte, in welcher der Absender durch Abschluss des Frachtvertrags sich in demselben befindet. Seine Stellung unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von der eines Contrahenten.

1) Er wird dem Frachtführer gegenüber nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt. Die Leistung desjenigen, was der Frachtführer aus dem Frachtvertrag zu fordern hat, bildet für den Empfänger nur die Bedingung, unter welcher er die Rechte geltend macht. Bevor er durch Annahme des Guts und des Frachtbriefs (bez. auf Grund des Frachtbriefs — s. Bemerkungen zu Art. 406 §. 3 a. E.) ein neues Rechtsverhältniss begründet hat, kann der Frachtführer ihm gegenüber seine Rechte nicht geltend machen.

2) Er ist nicht in Bezug auf den ganzen Inhalt des zwischen Absender und Frachtführer abgeschlossenen Vertrags berechtigt, sondern nur in Betreff derjenigen Handlungen, welche der Frachtführer nach dem Vertrag thatsächlich ihm gegenüber vornehmen soll. Soweit der Vertrag Handlungen betrifft, welche gegenüber dem Absender vorzunehmen sind, soweit ist er nicht berechtigt.

Art. 405. 3) Seine Berechtigung stellt sich ihrer Natur nach nur als eine formelle Legitimation dar. Er ist nicht dominus negotii; er kann die vertragsmässigen Festsetzungen nicht modificiren, noch kann er den Frachtführer von seinen Verpflichtungen durch Verzicht liberiren [1]. Dominus negotii bleibt bis zum Moment, in welchem der Empfänger den Frachtbrief erhalten oder Klage erhoben hat, der Absender. Er kann durch Uebereinkommen mit dem Frachtführer den Vertrag aufheben oder beliebig modificiren, er kann auch ohne ein solches Uebereinkommen nach Art. 402 dem Frachtführer Anweisungen ertheilen. Dem Empfänger steht nur das Recht zu, aus dem actuell bestehenden Vertrag die betreffenden Rechte geltend zu machen, und seine auf aussergerichtlichem Weg versuchte Geltendmachung beschränkt das angeführte Recht an sich nicht. Erst die Geltendmachung durch Klage fixirt den Frachtvertrag in der Gestalt, in welcher er zu dieser Zeit bestand. Der Frachtführer kann daher auch, wenn der Empfänger die Rechte, wie sie im Frachtbrief angegeben sind, geltend macht, die Einwendung, dass nach dem actuellen Frachtvertrag die Verpflichtung des Frachtführers einen anderen Inhalt habe, entgegenstellen [2]. Ebenso kann der Frachtführer den dem Absender gegenüber zulässigen [3] Beweis, dass der Inhalt des Frachtbriefs von Anfang an nicht dem wirklichen Verhältniss entsprach, auch gegenüber dem Empfänger führen. Dies wird insbesondere wichtig betreffs der Erklärung über die Beschaffenheit, welche das Gut bei der Uebernahme durch den Frachtführer hatte. Die Annahme, dass der Frachtführer aus einem sogenannten reinen Frachtbrief dem Empfänger gegenüber verpflichtet sei, lässt sich nach dem System des Gesetzbuchs [4] nicht rechtfertigen [5].

4) Die Leistungen, welche der Empfänger als Bedingung der Gel-

[1] Etwas Anderes ist es, wenn der Frachtvertrag im Auftrag des Empfängers, bez. sonst für dessen Rechnung abgeschlossen war. Dann kann mit Bezug hierauf die Liberation insofern wirksam werden, als der Frachtführer den Ansprüchen des Absenders eine exceptio doli entgegenstellen kann. Darüber aber, dass die Berücksichtigung dieses Moments nicht hierher gehört, s. u. §. 9.

[2] Aus diesem Grund konnte auch die Fassung der früheren Entwürfe, wonach die betreffenden Rechte „nach Massgabe des Frachtbriefs" geltend gemacht werden sollten, nicht belassen werden (s. o. §. 4). Anders in Betreff der Leistungen des Empfängers (s. im Text Nr. 4). — Da, wo die Streitigkeiten aus dem Frachtvertrag in einer besonderen abgekürzten Processart verhandelt werden, findet der Beweis solcher Einwendungen dem Frachtbrief gegenüber möglicher Weise keinen Platz und die Einwendungen müssen zur gesonderten Ausführung verwiesen werden.

[3] Bemerkungen zu Art. 391 §. 2 Nr. 3.

[4] Darüber, dass sie auch nach dem früheren Recht nicht begründet war, siehe Neues Archiv Bd. I, S. 340 ff.

[5] Siehe über das betreffende Rechtsverhältniss, wenn ein Ladeschein ausgestellt ist, Bemerkungen zu Art. 415 §. 3.

tendmachung der Rechte aus dem Frachtvertrag vorzunehmen hat, sind zwar dem regelmässigen Gang des Geschäfts nach meistens identisch mit denjenigen Leistungen, zu welchen der Absender durch den Frachtvertrag dem Frachtführer verpflichtet ist, diese Identität ist aber keineswegs eine nothwendige. Die Contrahenten können auch dahin übereinkommen, dass einzelne Leistungen, zu welchen der Absender durch den Frachtvertrag verpflichtet ist, vom Absender selbst und ausschliesslich vorgenommen werden sollen, so dass der Frachtführer nicht angewiesen ist zu versuchen, die Vornahme derselben durch den Empfänger zu erlangen. — Sodann kann bestimmt sein, dass der Frachtführer vom Empfänger die Vornahme anderer Handlungen verlangen soll, als zu welchen der Absender durch den Frachtvertrag verpflichtet ist [6]), oder das Object des letzteren kann verändert sein. Insbesondere das letztere wird nicht selten praktisch. So z. B. kann verabredet werden, dass der Frachtführer eine höhere [7]) oder niederere Fracht vom Frachtführer beanspruchen soll, als im Frachtvertrag ausgemacht ist. Diejenigen Handlungen nun, welche vom Empfänger vorzunehmen sind, pflegen in den Frachtbrief aufgenommen zu werden, und dasselbe geschieht in Betreff derjenigen Auslagen, welche der Frachtführer für den Absender machen muss (für Zölle u. s. w.); die in den Frachtbrief aufgenommenen Leistungen aber sind es, deren Vornahme durch den Empfänger als Bedingung seines Rechts, die durch den Frachtvertrag bestimmten Leistungen zu verlangen, erscheinen. Hat, so lange eine Modification des Frachtvertrags überhaupt zulässig war, eine solche auch in Bezug auf diese Leistungen stattgefunden, so ist dieselbe, wenn sie auch dem Empfänger gegenüber wirksam sein soll, in den Frachtbrief aufzunehmen. Art. 405.

Besonders zu betonen ist, dass die Bestimmungen des Artikels lediglich das aus dem Frachtvertrag hervorgehende formelle Recht behandeln. Der Umstand, für wessen Rechnung der Frachtvertrag abgeschlossen ist, ob für Rechnung des Absenders, des Empfängers oder eines Dritten, das Recht des einen oder des anderen Contrahenten am Gut, das zwischen Absender und Empfänger bestehende Rechtsverhältniss bleibt hier ausser Betracht. Damit ist jedoch nicht etwa ausgesprochen, dass die Geltendmachung dieser Momente nicht im Einzelnen modificirend einwirken, §. 9.

6) Der Frachtführer kann z. B. durch den mit dem Absender abgeschlossenen Vertrag verpflichtet sein, vom Empfänger Beträge einzucassiren unter dem Namen Vorschüsse u. s. w., ohne dass er dieselben vorher dem Absender ausgezahlt hatte, so dass also ihm selbst dem Absender gegenüber kein Anspruch auf Ersatz derselben zustand.

7) Dies kann vorkommen, ohne dass die Absicht, den Empfänger zu beeinträchtigen, vorliegt, z. B. in Fällen, wie die bei Art. 383 f. besprochenen sind.

Art. 405. insbesondere die durch die Geltendmachung des formalen Rechts hervorgebrachten Resultate verändern könne [8]). Hier kommt es nur darauf an zu bestimmen, was Rechtens ist, wenn diese Momente ausser Betracht gelassen werden.

§. 10. **III. Einzelne Bemerkungen.**

Nach Ankunft des Frachtführers am Ort der Ablieferung. S. o. Entstehungsgeschichte §. 6. Dass diese Formulirung eine so incorrecte ist, dass ihre wörtliche Auslegung absolut keinen genügenden Sinn giebt, geht aus ihr selbst hervor und wurde auch in den angeführten Verhandlungen anerkannt. Es bleibt also nur übrig aus den Schlussworten des Art. 404, welche die Bestimmung unseres Artikels in negativer Fassung enthalten, in Verbindung mit dem, was wir über die Entstehungsgeschichte wissen, die Absicht des Gesetzgebers zu erforschen. Diese kann nun hiernach keine andere sein als die. Zwar soll das Recht des Absenders, auf den Transport einzuwirken, durch den Empfänger nicht beschränkt werden können, so dass während der Dauer desselben dem Empfänger nur das Recht, Sicherungsmassregeln zu treffen, gewährt wird. Allein der Zweck, welchen man im Auge hatte, indem man bei ordnungsmässigem Verlauf des Transports dem Empfänger nach Ankunft des Guts am Ablieferungsort ein selbständiges Recht einräumte (s. o. §. 1. 3), würde nicht erreicht werden, wenn man auch dann, wenn das Gut nicht rechtzeitig oder gar nicht ankommt, die Entstehung dieses Rechts an die Voraussetzung der Ankunft des Guts knüpfen würde. Für den Fall des Eintritts der gedachten Eventualität liess man also diese Voraussetzung fallen und gewährte dem Empfänger ein selbständiges Recht schon von der Zeit an, zu welcher das Gut nach dem Frachtvertrag hätte ankommen sollen [9]).

Verpflichtungen, wie sie der Frachtbrief ergiebt. S. o. §. 8 Nr. 4.

In eigenem oder fremdem Interesse. Der Empfänger kann ein eigenes Interesse an der Erfüllung des Frachtvertrags haben, indem derselbe für seine Rechnung abgeschlossen ist, oder auch ausserdem, indem er daran interessirt ist, das Gut in seinen Besitz zu bekommen. Das fremde Interesse kann das des Absenders oder eines Dritten sein, zu

[8]) S. z. B. oben Note 1. — Ueber die Anwendbarkeit der Grundsätze über das Verfolgungsrecht des Absenders (stoppage in transitu) s. o. Bemerkungen zu Art. 402 §. 6 und Zusatz zu Art. 402.

[9]) Ob ein Fall vorliegt, in welchem von einer Ankunft des Frachtführers allenfalls gesprochen werden könnte oder nicht, ist bei der hier gebotenen Nothwendigkeit, vom wörtlichen Sinn der gesetzlichen Bestimmung abzusehen, gleichgültig.

dessen Verfügung er z. B. das Gut halten soll. Eigenes und fremdes Interesse können concurriren wie z. B. beim Commissionär, beim Pfandgläubiger. Art. 405.

Auf Uebergabe des Frachtbriefs und Auslieferung des Guts. Neben der Klage auf Auslieferung des Guts und Frachtbriefs, welche immer ein Erbieten zur Vornahme der betreffenden Gegenleistungen enthalten muss, kann noch eine actio ad exhibendum vorkommen auf Vorlegung des Frachtbriefs, um durch dieselbe das erforderliche Material zur Anstellung der Klage auf Auslieferung des Guts, sowohl was dessen genauere Bestimmung als auch was den Gegenstand der zu machenden Leistungen, zu welchen sich der Kläger erbieten muss, betrifft, zu gewinnen. Ist die Klage lediglich nach dieser Richtung angestellt, so präjudicirt sich damit der Kläger in keiner Weise. Er hat keine Verpflichtung eingegangen und kann immer noch von der Geltendmachung seiner Rechte absehen.

Sofern nicht u. s. w. Diese Voraussetzung bezieht sich nicht nur auf die Geltendmachung der beiden besonders hervorgehobenen Rechte, sondern auf die Geltendmachung aller dem Empfänger zuständigen Rechte.

Art. 406.

Durch Annahme des Guts und des Frachtbriefs wird der Empfänger verpflichtet, dem Frachtführer nach Massgabe des Frachtbriefs Zahlung zu leisten. Art. 406.

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung Art. 341 Abs. 3. — Entwurf II. Lesung Art. 379 Abs. 3.

Protok. S. 816. 822. — 4751. 4753. 5099. 5100 bis 5102.

Gegen diesen Artikel sprachen sich die Eisenbahnverwaltungen aus [1]), §. 1.
indem sie erklärten, die Bestimmung dieses Artikels, „wonach der Frachtführer erst durch Annahme des Guts und des Frachtbriefs ein Klagerecht gegen den Empfänger erlange, vertrage sich mit dem beim Zufahren und Zurollen des Guts in die Häuser der Empfänger bei verschiedenen Eisenbahnverwaltungen bestehenden Einrichtungen nicht. Beim Messverkehr komme den Handeltreibenden Alles auf ungesäumte Zufuhr an, und in vielen Fällen werde das Gut früher in die Häuser geschafft, bevor der

[1]) Denkschrift einer Commission des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen zum Titel V. des Entwurfs eines Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs, lautend: „Von dem Frachtgeschäft“ vom 12. December 1859, S. 23.

Art. 406. Frachtbrief übergeben werden könne. Auch an anderen als Messplätzen sei die Ablieferung des Guts in den Häusern der Empfänger mehrfach Bedürfniss. Dies Zurollen geschehe von Fuhrleuten, welche das Gut früher zur Verfügung des Empfängers stellten, als sie den Frachtbrief aushändigten; überhaupt aber werde der Frachtbrief, dessen Aushändigung nach kaufmännischem Gebrauch als Quittungsleistung über die Fracht gelte, nicht ohne Zahlung derselben aus der Hand gegeben und schon deshalb könne die Annahme des Frachtbriefs kein nothwendiges Erforderniss der Klage auf Zahlung des Frachtgelds sein." Demgemäss wurde in den am 25. Januar 1860 von den Deputirten der Commissionsverwaltungen formulirten „Abänderungsvorschlägen" die Streichung der Worte „und des Frachtbriefs" beantragt.

Dagegen wurde von anderen sachverständigen Seiten die Aufrechterhaltung der Bestimmung entschieden befürwortet [2]) und die Eisenbahnverwaltungen entsagten auch schliesslich ihrem Antrag, „mit Rücksicht darauf, dass juristisch betrachtet der Empfänger in den Frachtvertrag erst durch Annahme des Frachtbriefs eintrete, sowie auf den Umstand, dass die Beibehaltung der Fassung des Entwurfs zu irgend erheblichen Unzuträglichkeiten nicht führen werde" [3]).

§. 2. In dritter Lesung wurde anschliessend an den Vorschlag der Eisenbahnverwaltungen beantragt, den Worten: „und des Frachtbriefs" zu substituiren: „nach Massgabe des Frachtbriefs" oder: „auf Grund des Frachtbriefs" [4]). Zwar erkannte der Antragsteller selbst an, dass der Artikel unter der Uebergabe des Frachtbriefs vor der Zahlung nur die Präsentation desselben verstehe, die beantragte Aenderung daher nur eine redactionelle sei, er hielt sie aber doch deswegen für erforderlich, weil, „wenn

[2]) W. Röhrich, die Eisenbahnen als Transportanstalten der Gegenwart den Interessen des Publicums gegenüber. Gotha 1860, S. 29.

Kritische Beleuchtung der Denkschrift des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen etc. edirt von dem vereinigten Gewerbe-, Handels- und Fabrikrath der königl. Haupt- und Residenzstadt München, München 1860. Es heisst hier S. 17: „Die Bestimmung ist ganz in der Ordnung. Der Frachtbrief muss, wenn nicht schon vorher, doch jedenfalls mit dem Gut dem Empfänger zukommen, denn ausserdem kann dieser in den allermeisten Fällen ja gar nicht ermessen, was es für eine Waare ist, von wem sie kommt, ob er sie überhaupt oder so wie der Frachtbrief sie bezeichnet bestellt hat, und ob dieselbe von dem Frachtführer rechtzeitig geliefert ist. Es wurde auch von jeher so gehalten und der Gesetzentwurf schliesst sich der bisherigen in der Natur der fraglichen Geschäftsverhältnisse sehr wohl begründeten Praxis an.

[3]) Protokolle über die Berathung mit kaufmännischen Sachverständigen und Vorständen von Eisenbahnverwaltungen u. s. w. Berlin, 6. bis 8. Februar 1860. S. 12 zu Antrag Nr. 14.

[4]) Im Uebrigen war der beantragte Artikel dem Art. 615 nachgebildet. Nach dieser Richtung kam er gar nicht zur Berathung. (Protok. S. 5101. Das in den Motiven zum Antrag enthaltene Citat: Protok. S. 876, muss heissen S. 816.)

man den Artikel pressen wolle, die Klage eines Frachtführers, welcher derselben einen Frachtbrief beilege, unter welchem der Empfänger die Ablieferung des Guts bescheinigt habe, angebrachter Massen zurückgewiesen werden müsste, weil aus der Klage selber hervorgehe, dass der Frachtführer noch im Besitz des Frachtbriefs sich befinde." Die vorgeschlagene Fassung wurde aber nicht angenommen, weil auch sie, wenn man die Worte presse, zu unrichtigen Resultaten führe, indem man z. B. aus derselben folgern könne, dass der Frachtbrief immer vor den Gütern abzuliefern sei, und weil die bisherige Fassung genugsam den wahren Sinn der Bestimmung wiedergebe. (Protok. S. 5101 f.) **Art. 406.**

In der That ist auch der Artikel ohne alles Bedenken und völlig correct gefasst.

Der Frachtführer, welcher die Ablieferung des Guts dem Empfänger anbietet, indem er ihn dabei von den Bestimmungen des Frachtbriefs in Kenntniss setzt, erklärt demselben, dass er die Ablieferung gegen Vornahme der im Frachtbrief verzeichneten Leistungen vornehmen werde. Der Empfänger, welcher diese Offerte acceptirt, verpflichtet sich dadurch dem Frachtführer gegenüber diese Leistungen vorzunehmen. Diese Offerte und dieses Accept kann durch ausdrückliche Worte, beide Erklärungen können aber auch durch concludente Handlungen erfolgen, und solche liegen in evidentester Weise vor, wenn der Frachtführer dem Empfänger das Gut sammt Frachtbrief abliefert und dieser beides annimmt. §. 3.

Dies spricht der Artikel aus.

Damit ist aber keineswegs bestimmt, dass nur auf diese Weise der Empfänger sich verpflichten könne; insbesondere also auch nicht, dass er nicht auch dadurch die Offerte des Frachtführers acceptiren könne, dass er auf Grund des ihm zwar nicht ausgelieferten, aber ihm seinem Inhalt nach bekannt gemachten Frachtbriefs das Gut annimmt [5]).

Es kann vorkommen, dass dem Empfänger das Gut, welches ihm auf Grund des Frachtbriefs offerirt wird, in seine Detention erhält, ohne sich (ausdrücklich oder durch concludente Handlungen) über die Annahme zu erklären [6]). In diesem Fall hat der Frachtführer keine Klage auf

[5]) Auch in der Annahme des Frachtbriefs allein kann unter Umständen die Acceptation der Offerte des Frachtführers liegen, bez. durch sie documentirt werden. Insbesondere kann dies dann anzunehmen sein, wenn der Empfänger vor Annahme des Frachtbriefs das noch nicht abgelieferte Gut untersucht und keine Einwendungen gegen dessen Beschaffenheit gemacht hatte. S. o. Bemerkungen zu Art. 402 §. 5.

[6]) Z. B. das Gut wird mit Frachtbrief in die Wohnung des Empfängers gebracht, während er selbst nicht anwesend ist, und dort zurückgelassen. Vergl. den Rechtsfall in Busch's Archiv Bd. V, S. 509.

Art. 406. Zahlung, sondern nur eine actio ad exhibendum auf Rückgabe des Guts [7]). Weigert sich jedoch auf geschehene Aufforderung der Empfänger zur Rückgabe des Guts, so liegt hierin eine Annahmeerklärung, mag er gegen eine solche sich auch ausdrücklich verwahren und z. B. sich auf sein Eigenthum berufen, denn da ihm das Gut auf Grund des Frachtbriefs angeboten war, so kann er es nur auf Grund desselben annehmen [8]).

§. 4. Ganz verschieden hiervon ist die Frage, ob der Empfänger die Ausantwortung des Frachtbriefs verlangen kann. Dies ist aus allgemeinen Gründen unter Bezugnahme auf die Verkehrssitte zu bejahen und wird in Art. 405 ausdrücklich anerkannt. Der Empfänger kann daher auch die Zahlung, zu welcher er durch Annahme des Guts verpflichtet ist, so lange retiniren, bis ihm der Frachtbrief ausgehändigt ist.

Nach Massgabe des Frachtbriefs. S. Bemerkungen zu Art. 405 §. 8 Nr. 4.

Art. 407.

Art. 407. Wenn der bezeichnete Empfänger des Guts nicht auszumitteln ist oder die Annahme verweigert, oder wenn Streit über die Annahme oder den Zustand des Guts entsteht, so kann der Betheiligte den letzteren durch Sachverständige feststellen lassen.

Die Sachverständigen ernennt auf das Ansuchen des Betheiligten das Handelsgericht oder in dessen Ermangelung der Richter des Orts.

Die Sachverständigen haben ihr Gutachten schriftlich oder zu Protokoll zu erstatten.

Das Gericht kann auf Ansuchen des Betheiligten verordnen, dass das Gut in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten niedergelegt, und dass es ganz oder zu einem entsprechenden Theile behufs Bezahlung der Fracht und der übrigen Forderungen des Frachtführers öffentlich verkauft wird.

Ueber das Ansuchen um Ernennung von Sachverständigen oder um Verfügung des Gerichts wegen Niederlegung und wegen Verkaufs des Guts wird die Gegenpartei, wenn sie am Orte anwesend ist, gehört.

7) Möglicher Weise kann die Klage nur zu einer Deponirung (Sequestration) des Guts führen.

8) Anders kann sich das Verhältniss gestalten, wenn der Empfänger behauptet, der Frachtführer sei auf unrechtmässige Weise bez. nicht in Folge eines Frachtvertrags in den Besitz des Guts gekommen gewesen.

Preuss. Entwurf Art. 314. — Entwurf I. Lesung Art. 342. — Entwurf II. Lesung Art. 380. **Art. 407.**

Protok. S. 807 f. — 1238 f. — 4736 f. — Monita 463 bis 466.

Absatz 1 bis 3. Ueber die in den ersten drei Absätzen enthaltenen Rechtssätze s. Bemerkungen zu Art. 348 §. 6. 7. §. 1.

Ob und in wie weit der Frachtführer oder der Empfänger von dem ihm nach Abs. 1 zustehenden Recht im Interesse des Absenders Gebrauch zu machen hat, wird im Artikel nicht berührt.

Das Handelsgericht — der Richter des Orts. S. Bemerkungen zu Art. 348 §. 9 [1]).

Absatz 4. Das Gericht hat die Zweckmässigkeit der beantragten Massregeln zu prüfen, insbesondere zu untersuchen, ob es nicht etwa angezeigter erscheint, das Gut zum Absender zurück zu transportiren. §. 2.

Hat der Frachtführer dem Gericht alle ihm bekannten Umstände wahrheitsgetreu mitgetheilt, so haftet er nicht für den in Folge der vom Gericht getroffenen Anordnungen dem Betheiligten etwa entstandenen Schaden.

Das Recht des Frachtführers, den Verkauf des Guts zu beantragen, beruht auf seinem Pfandrecht an demselben (Art. 409).

Wird die Gegenpartei gehört. „Wenn auch die Gegenpartei des Frachtführers gehört wird, so ist dessen ungeachtet kein wirkliches processualisches Verfahren einzuleiten; es findet immer nur eine richterliche causae cognitio statt, die zu einem gerichtlichen Decrete führt. Der Antrag des Frachtführers braucht daher nicht den Erfordernissen einer Klage zu genügen und nicht den Antrag auf Verurtheilung der Gegenpartei zu enthalten; die Vernehmlassung des Adressaten qualificirt sich nicht als Klagbeantwortung; die Entscheidung des Gerichts ist kein Erkenntniss und es findet gegen dieselbe keine Appellation, sondern eine Beschwerde statt" [2]).

Art. 408.

Durch Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht erlischt jeder Anspruch gegen den Frachtführer. **Art. 408.**

Nur wegen Verlustes oder Beschädigung, welche bei der Ab-

[1]) Laband in Goldschmidt's und seiner Zeitschrift Bd. IX, S. 475 b. interpretirt die Ermangelung des Handelsgerichts in derselben Weise wie Makower s. o. S. 247 Note 3.

[2]) Laband a. a. O. S. 475 f.

Art. 408. lieferung äusserlich nicht erkennbar waren, kann der Frachtführer selbst nach der Annahme und nach Bezahlung der Fracht in Anspruch genommen werden, wenn die Feststellung des Verlustes oder der Beschädigung ohne Verzug nach der Entdeckung nachgesucht worden ist, und bewiesen wird, dass der Verlust oder die Beschädigung während der Zeit seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist.

Die Bestimmungen über die Verjährung der Klagen und Einreden gegen den Spediteur wegen Verlustes, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Guts (Art. 386) finden auch auf den Frachtführer Anwendung.

Preuss. Entwurf Art. 315. — Entwurf I. Lesung Art. 343. — Entwurf II. Lesung Art. 381.

Protok. S. 830 bis 832. 858. — 1239. — 4737 f. 5102. — Monita 467. 468.

§. 1. **Absatz 1. Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht** erscheinen als zweifellose Approbation des Transports.

Jeder Anspruch, d. h. jede Forderung aus dem Frachtvertrag [1]), und zwar nicht nur des Empfängers, sondern auch des Absenders. Der Empfänger liberirt (abgesehen von dem Fall des Abs. 2) durch die Annahme und Zahlung den Frachtführer vollständig. Ein vertragsmässiger Vorbehalt der Ansprüche ist natürlich nicht ausgeschlossen [2]). Einseitiger Vorbehalt dagegen erscheint als protestatio facto contraria.

Ob und wie weit der Empfänger für sein Verfahren dem Absender verantwortlich und schadensersatzpflichtig ist, bestimmt sich nach dem zwischen beiden bestehenden Rechtsverhältniss. S. z. B. Art. 365 und 387.

§. 2. **Absatz 2.** Es würde der bona fides zuwiderlaufen, die in der Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht liegende Approbation des vom Frachtführer übernommenen Opus aus wirthschaftlichen Gründen auch auf diejenigen Mängel des Guts zu erstrecken, welche bei der Ablieferung äusserlich nicht erkennbar sind. Wegen solcher Mängel bleibt der Frachtführer in ähnlicher Weise verpflichtet wie der Verkäufer nach Art. 347, und es ist nicht gerechtfertigt, in Abs. 2 die Einräumung einer selbständigen Klage zu erkennen [3]). Der Absender bez. Empfänger machen

[1]) Nicht erloschen würde z. B. sein eine actio ad exhibendum auf Herausgabe des zurückbehaltenen Frachtbriefs. (S. Bemerkungen zu Art. 405 §. 10.)

[2]) Mit Recht ist ein solches Uebereinkommen angenommen worden in dem in Busch's Archiv Bd. IX, S. 425 mitgetheilten Fall.

[3]) Koch, Commentar, zu Abs. 1 dieses Artikels Note 36: „Die Verbindlichkeit aus dem Frachtcontract gilt unbedingt für getilgt, folglich ist die Contracts-

vielmehr auch diese Mängel mit der Contractsklage geltend, wie denn auch die Bestimmung des Abs. 2 ihrer Fassung nach sich als Ausnahme von der Bestimmung des Abs. 1 darstellt. Art. 408.

Art. 409.

Der Frachtführer hat wegen aller durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen, insbesondere der Fracht- und Liegegelder, sowie wegen der Zollgelder und anderer Auslagen ein Pfandrecht an dem Frachtgut. Dieses Pfandrecht besteht, so lange das Gut zurückbehalten oder niedergelegt ist; es dauert auch nach der Ablieferung noch fort, insofern der Frachtführer es binnen drei Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend macht, und das Gut noch bei dem Empfänger oder bei einem Dritten sich befindet, welcher es für den Empfänger besitzt. Art. 409.

Er kann zu seiner Befriedigung den Verkauf des Guts oder eines Theils desselben veranlassen (Art. 407).

Es hat dieses Recht auch gegenüber den übrigen Gläubigern und der Concursmasse des Eigenthümers.

Preuss. Entwurf Art. 316. — Entwurf I. Lesung Art. 344. — Entwurf II. Lesung Art. 382.

Protok. S. 832 bis 834. — 1239. — 4759 bis 4761. 5102 f. — Monita 469 bis 474.

Aus den Motiven zum preussischen Entwurf (S. 174 f.): „Dass die Fracht- und die Liegegelder, sowie die Zollgelder und anderen Auslagen des Frachtführers auf dem Frachtgut haften, ist ein allgemein anerkannter Rechtssatz. Gemeinrechtlich wird dem Frachtführer wegen dieser Ansprüche ein blosses Retentionsrecht zugestanden. Das französische Recht, sowie die neueren Entwürfe legen dem Frachtführer ein Vorzugsrecht an dem Frachtgut bei. Dieselben Gründe, welche bezüglich des Commissionärs und des Spediteurs Platz greifen, machen es aber nothwendig, dem Frachtführer ein wirkliches Pfandrecht einzuräumen, wie dies bereits die Allgemeine Gerichtsordnung und die Concursordnung gethan haben." Vergl. Art. 374. 382. 624. §. 1.

klage erloschen, die Ausnahme des Abs. 2 ist eine selbständige Klage nach dem Princip des ädilitischen Edicts."

Art. 409. §. 2. Das Pfandrecht beginnt mit der Uebergabe des Guts an den Frachtführer. Es dauert, ohne dass eine besondere Wahrung desselben erforderlich wäre, bis zur Ablieferung. Nach der Ablieferung ist zu seinem Fortbestand erforderlich, dass das Gut in den Händen des Empfängers bleibt und dass es innerhalb der drei ersten Tage gerichtlich geltend gemacht wird. Diese den sonstigen Bestimmungen des Gesetzbuchs nicht entsprechende Fortdauer des Pfandrechts über die Detentionen des Pfandgläubigers hinaus erklärt sich daraus, „dass es die Stellung des Frachtführers dem Empfänger gegenüber häufig mit sich bringt, dass die Zahlung erst nach geschehener Ablieferung und Prüfung des Guts erfolgt; sollte daher wegen der Ablieferung allein schon der Frachtführer seines Pfandrechts verlustig gehen, so würde er häufig ganz schutzlos sein“ [1]).

§. 3. Vor Ablieferung des Guts entscheiden sich alle Collisionen zwischen den Rechten Dritter am Gut und dem gesetzlichen Pfandrecht des Frachtführers nach Art. 306 Abs. 2. Vergl. die in den Bemerkungen zu Art. 374 §. 2 [2]) enthaltenen Ausführungen [3]). Es kommt hier Alles auf die Person desjenigen, welcher mit dem Frachtführer contrahirt, an, also insbesondere auf die des Absenders, nicht die des Versenders. Versendet also ein Nichtkaufmann das Gut durch einen Spediteur, so kommt für das Pfandrecht des Frachtführers Art. 306 Abs. 2 zur Anwendung [4]).

Ebenso ist Art. 306 entscheidend auch nach der Ablieferung des Guts für die Zeit, in welcher der Empfänger das Gut in eigener Person oder durch einen Anderen besitzt, vorausgesetzt, dass der Frachtführer

[1]) Motive zum preussischen Entwurf S. 175. Bei den Verhandlungen wurde bemerkt: „Ein Vortheil müsse dem Frachtführer in der hier in Frage stehenden Beziehung nicht sowohl um seinetwillen, als vielmehr im Interesse des Handelsstands eingeräumt werden, damit er keinen Anstand nehme, auch ohne sofortige Bezahlung der Fracht die Waare herauszugeben.“ Protok. S. 832.

[2]) In Z. 5 des angeführten Paragraphen ist das Wort „nur“ zu streichen.

[3]) Dasselbe gilt auch vom Pfandrecht des Spediteurs.

[4]) Laband in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. IX, S. 466 erklärt die Verschiedenheit der Wirksamkeit der Pfandrechte des Spediteurs je nach der Person des Absenders als dem Verkehrsbedürfniss und dem Interesse des Speditionshandels widersprechend. Er hätte es für zweckmässiger gehalten, wenn in Betreff der drei gesetzlichen Pfandrechte des Commissionärs, Spediteurs, Frachtführers, mindestens aber für die beiden letzteren, das im Art. 307 rücksichtlich der Inhaberpapiere adoptirte System angenommen worden wäre. — Ich kann letzteres höchstens in Betreff des Pfandrechts wegen der Versendungskosten zugeben; im Uebrigen, namentlich auch, was die Vorschüsse des Spediteurs betrifft, scheint mir ein grösseres Bedürfniss, das bona fide erworbene gesetzliche Pfandrecht in weiterem Umfang anzuerkennen als das vertragsmässig bestellte, bez. als der bona fide Käufer geschützt ist, nicht vorzuliegen. Es ist möglich, dass durch die Beschränkung des Art. 306 der Verkehr belästigt ist. Hält man aber, wie dies das Handelsgesetzbuch thut, diese Beschränkung im Allgemeinen für nothwendig, so ist die Statuirung einer Ausnahme in den gedachten Fällen schwerlich als gerechtfertigt anzusehen.

binnen drei Tagen seine Forderung gerichtlich geltend macht. Art. 306 Abs. 3. Art. 409.

Dagegen ist das Pfandrecht des Frachtführers gegen den dritten Besitzer, mag dieser als Eigenthümer oder als Pfandgläubiger besitzen, nicht begründet, auch wenn derselbe bei dem Besitzerwerb von dessen Bestehen Kenntniss hatte. Das Pfandrecht setzt zu seinem Bestehen Besitz des Empfängers voraus („es dauert fort, insofern —"), geht also durch Besitzübertragung unter.

Inwieweit gerichtliche auf Grund der Geltendmachung des Pfandrechts des Frachtführers ergangene Verfügungen auf die späteren Rechtsverhältnisse von Einfluss sind, kann hier nicht untersucht werden.

Das dem Frachtführer nach Landesrecht etwa zustehende privilegium exigendi wird durch den Artikel nicht berührt. §. 4.

Ein Antrag (Monitum 474), die Bestimmung des Art. 625 auch für das Landfrachtgeschäft anzunehmen, wurde als den Interessen des Frachtführers, dessen Verhältnisse thatsächlich von denen des Verfrachters oder Schiffers verschieden seien, nicht entsprechend, nicht angenommen. Protokolle S. 4759 bis 4761.

Art. 410.

Geht das Gut durch die Hände mehrerer Frachtführer, so hat der letzte bei der Ablieferung, sofern nicht der Frachtbrief das Gegentheil bestimmt, auch die aus dem Frachtbrief sich ergebenden Forderungen der vorhergehenden einzuziehen und deren Rechte, insbesondere auch das Pfandrecht, auszuüben. Art. 410.

Der vorhergehende Frachtführer, welcher von dem nachfolgenden befriedigt ist, überträgt auf diesen von Rechtswegen seine Forderung und sein Pfandrecht.

In gleicher Art wird die Forderung und das Pfandrecht des Spediteurs auf den nachfolgenden Spediteur und den Frachtführer übertragen.

Das Pfandrecht der Vormänner besteht so lange, als das Pfandrecht des letzten Frachtführers.

Preuss. Entwurf Art. 317. — Entwurf I. Lesung Art. 345. — Entwurf II. Lesung Art. 383.

Protok. S. 834 f. 841 bis 843. — 1239 f. 1436 bis 1439. — 5103.

Art. 410. §. 1. Die Voraussetzung dieses Artikels ist die nämliche, wie die des Art. 401 Abs. 1, Transport eines Guts durch mehrere Frachtführer auf Grund eines Frachtbriefs.

Das Bestreben, die Zahlung der dem einzelnen Frachtführer zustehenden Forderungen zu vereinfachen, hat zu der Verkehrssitte geführt, dass der abliefernde Frachtführer vom Empfänger die Gesammtsumme der den einzelnen Frachtführern geschuldeten Leistungen für diese erhebt. Häufig zahlt zur grösseren Vereinfachung der Nachmann dem Vormann schon bei Empfangnahme des Guts dessen Forderung aus und lässt sich diese Auslage zusammen mit dem von ihm selbst zu fordernden Betrag bei der Ablieferung des Guts an seinen Nachmann von diesem erstatten, so dass mit Auszahlung des Gesammtbetrags der den Frachtführern geschuldeten Leistungen die Geschäfte völlig abgewickelt sind.

§. 2. **Absatz 1** bezieht sich auf das erste Verfahren. Er erklärt den abliefernden Frachtführer als den präsumtiven Mandatar des früheren Frachtführers, und zwar erscheint er nach der gewählten Fassung, „**er hat — einzuziehen**“, nicht nur als dem Empfänger gegenüber zu diesen Handlungen bevollmächtigt, sondern auch den Vormännern gegenüber dazu verpflichtet, haftet mithin, wenn er die Einziehung unterlässt [1]). Als Mandatar muss er sich gegen den einzelnen Vormann begründete Einreden gefallen lassen und diese können jederzeit ihre Rechte in eigener Person geltend machen.

§. 3. Nach **Absatz 2 und 3** überträgt der vorhergehende Frachtführer, bez. Spediteur sein Recht auf den nachfolgenden Frachtführer oder Spediteur. Heisst das: der Nachmann ist befugt, die Forderung des Vormanns bez. der Vormänner als Cessionar geltend zu machen? Ist er Cessionar, so muss er nöthigenfalls die Existenz dieser Forderung beweisen und es können ihm Einreden aller Art aus der Person des Cedenten opponirt werden, auch steht bis zur vorgenommenen Denunciation jenem die Geltendmachung der Forderung zu. Es ist nicht denkbar, dass der Gesetzgeber dies beabsichtigt habe.

Das im Frachtverkehr eingeführte, das Interesse aller beim Transport Betheiligten so sehr fördernde Institut der Nachnahme würde durch eine solche Bestimmung sehr benachtheiligt, und seine häufige Anwendung in Frage gestellt. Aber die Worte des Gesetzes verlangen auch gar nicht die angegebene Interpretation. Sie lassen vielmehr auch die Erklärung zu, dass der nachfolgende Frachtführer eine Forderung auf Ersatz desjenigen, was er zur Befriedigung des vorhergehenden Frachtführers ver-

[1]) Siehe Art. 412.

wendet hat, erwirbt, und ich trage um so weniger Bedenken, mich dieser von Laband [2]) gegebenen Erklärung anzuschliessen, als sie den beim Transport durch mehrere Frachtführer vorkommenden Verhältnissen und der Auffassung derselben im Handelsgesetzbuch am besten entspricht. Der nachfolgende, das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief annehmende Frachtführer tritt nach Art. 401 Abs. 2 in den Frachtvertrag ein, in derselben Weise, wie wenn er selbst mit dem Absender contrahirt hätte. In ordnungsmässiger Ausführung dieses Vertrags übernimmt er das Gut vom Vormann und zahlt er diesem dasjenige, was dieser vom Absender bez. Empfänger zu fordern hat. Er hat daher auf Ersatz dieser Auslagen eine Klage aus dem von ihm abgeschlossenen Frachtvertrag und, wie für alle seine Forderungen aus dem Frachtvertrag, hat er auch für diese ein Pfandrecht am Gut. Da es mithin eine in seiner eigenen Person entstandene Forderung ist, welche der nachfolgende Frachtführer geltend macht, so bedarf es auch weder der Denunciation, um die Geltendmachung derselben durch den früheren Frachtführer auszuschliessen, noch können der Klage Einreden aus der Person des Vormanns, welche aus einem anderen als dem concreten Frachtverhältniss hervorgegangen sind, insbesondere Compensationseinreden entgegengestellt werden. Ja man muss noch weiter gehen. Der nachfolgende Frachtführer braucht nicht einmal den Bestand und die Höhe der Forderung seines Vormanns zu beweisen, noch können ihm hiergegen Einreden entgegegenstellt werden. Er hat lediglich dafür einzustehen, dass die Auslagen, deren Erstattung er verlangt, von ihm in Ausführung des Frachtvertrags gemacht und er bei Gewährung der Nachnahme die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers angewandt hat. Einen Beweis, dass die Beträge, welche er dem Vormann ersetzt, von diesem oder den früheren Vormännern nothwendig oder nützlich aufgewendet seien, hat er nicht zu erbringen, aber er hat, soweit er nach dem in solchen Verhältnissen üblichen Geschäftsgang dazu im Stande ist, diese Momente, sowie den Betrag der Verwendungen zu prüfen und sich Belege zu verschaffen, jedenfalls aber den Vermerk im Frachtbrief zu verlangen [3]). Insbesondere hat er, **Art. 410.**

[2]) In Goldschmidt's und seiner Zeitschrift Bd. IX, S. 467 f.

[3]) Laband a. a. O. S. 477 Nr. V bezieht die Voraussetzung, dass ein Frachtbrief ausgestellt und dass die Forderungen der Vormänner aus demselben sich ergeben, nur auf die in Abs. 1 behandelte Geltendmachung dieser Rechte im Namen der Vormänner, während die von Rechtswegen eintretende Uebertragung der Forderung und des Pfandrechts an diese Bedingung nicht geknüpft sei. Hiernach würde also, wenn ein Frachtbrief ausgestellt ist, der abliefernde Frachtführer auch wegen einer auf demselben nicht vermerkten Nachnahme sein Pfandrecht ausüben können, und ferner hätte er dasselbe auch dann, wenn überhaupt ein Frachtbrief nicht ausgestellt wurde, wegen aller Nachnahmen. Allein im ersten Fall steht

Art. 410. was die Fracht, welche er dem Vormann ersetzt, betrifft, darauf zu sehen, ob derselbe den Bestimmungen des Frachtbriefs entspricht, bez. die Höhe der üblichen (oder reglementsmässigen) Fracht nicht übersteigt. Dasselbe gilt von den Speditionsgebühren und Liegegeldern. Soweit es sich um die vom Vormann ausgelegten Zollgelder oder andere Auslagen, über welche Quittungen ausgestellt zu werden pflegen, handelt, hat er die darüber ausgestellten Quittungen zu prüfen und sich aushändigen zu lassen u. s. w. Soweit es sich um Vorschüsse, welche der Spediteur dem Versender auf das Gut gegeben, handelt, ist nur die Prüfung der ordnungsmässigen Verzeichnung derselben im Frachtbrief erforderlich.

§. 4. Hatte der Frachtführer bei dem Geben der Nachnahme die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers angewandt, so erstreckt sich, auch wenn der vom Empfänger der Nachnahme behauptete Anspruch auf dieselbe aus dem Fracht- und Speditionsvertrag nicht begründet war, sein Pfandrecht auch auf die gezahlten Nachnahmen, und er kann dasselbe gemäss Art. 409 Abs. 2 realisiren. Im Fall des Art. 406 hat er auch die Contractsklage gegen den Empfänger, und vorausgesetzt, dass er das Gut entweder nicht abgeliefert oder sein Pfandrecht wenigstens innerhalb dreier Tage nach der Ablieferung rechtlich geltend gemacht hat (Art. 412), auch gegen den Absender, mit welchem er ja nach Art. 401 Abs. 2 in ein directes Contractsverhältniss getreten ist.

§. 5. Soweit der Frachtführer die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht angewandt hatte, kann er die Erstattung der Nachnahme nicht geltend machen, und besteht auch sein Pfandrecht nicht zu Recht. Er hat jedoch gegen seinen Vormann (bez. denjenigen früheren Vormann, welcher die Nachnahme für den betreffenden Betrag zuerst beansprucht und erhalten hatte) eine condictio sine causa, da diesem die Nachnahme als ein Ersatz der Forderungen, welche er aus dem Frachtvertrag zu

dieser Annahme sowohl Art. 405, nach welchem der Empfänger die Erfüllung des Frachtvertrags gegen Erfüllung der Verpflichtungen, wie sie der Frachtbrief ergiebt, verlangen kann, als auch Art. 401 Abs. 2 entgegen, nach welchem für das Rechtsverhältniss zwischen dem späteren Frachtführer und dem Absender oder Empfänger lediglich der Frachtbrief massgebend ist. Für den zweiten Fall lassen sich allgemeine Regeln über das Verhältniss des abliefernden Frachtführers zum Absender oder Empfänger gar nicht aufstellen. Ob zwischen diesen Personen überhaupt ein obligatorisches Verhältniss besteht und welcher Art dies ist, kann nur im einzelnen Fall untersucht werden, und danach entscheidet sich auch, ob und in welchem Umfang dem abliefernden Frachtführer ein Pfandrecht am Gut gegenüber dem Absender oder Empfänger zusteht. Der Gesetzgeber konnte daher auch über das Pfandrecht des abliefernden Frachtführers in diesem Fall gar keine allgemeinen Bestimmungen treffen. Absatz 2 und 3 können mithin, was auch der Fassung nach das Nächstliegende ist, nur auf den Fall, dass der nachfolgende Frachtführer das Gut auf Grund des ursprünglichen Frachtbriefs übernommen hat, bezogen werden.

haben behauptete und die ihm mithin vom Empfänger bez. Absender ersetzt werden müssten, (unmittelbar oder mittelbar) vom letzten Frachtführer gewährt worden war. **Art. 410.**

Ebenso hat der Empfänger oder Absender, welcher dem abliefernden Frachtführer die gegebene Nachnahme, weil dieser beim Geben derselben mit der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers verfahren war, ersetzen musste, eine condictio sine causa [4]) gegen denjenigen Vormann desselben, welcher die Nachnahme erhoben hatte, obgleich die entsprechende Forderung aus dem Fracht- oder Speditionsvertrag nicht oder nicht in diesem Betrag zu Recht bestand.

Absatz 4 bezieht sich auf den Fall des Abs. 1. Obgleich der Frachtführer, bez. Spediteur das Gut aus den Händen gegeben, und nicht nothwendig die Verfügung über dasselbe behalten hat, so detiniren die mit Geltendmachung des Pfandrechts beauftragten Nachmänner das Gut doch auch für ihn. Es muss aber das Fortbestehen des Pfandrechts auch nach Ablieferung an den Empfänger dann zugelassen werden, wenn die Voraussetzungen des Fortsbetands des Pfandrechts des abliefernden Frachtführers vorliegen, indem sonst der Zweck, welcher durch das Fortbestehen des Pfandrechts dieses letzteren erreicht werden sollte (s. Bemerkungen zu Art. 409 §. 2), bei einem Transport durch mehrere Frachtführer und Spediteure thatsächlich nicht erreicht werden könnte. §. 6.

Im Fall des Abs. 2 und 3 kann von einem Fortbestehen des Pfandrechts der Vormänner nach dem oben Ausgeführten nicht die Rede sein.

Art. 411.

Wenn auf demselben Gut zwei oder mehrere gemäss den Art. 374, 382 und 409 begründete Pfandrechte bestehen, so geht unter denjenigen Pfandrechten, welche durch die Versendung oder durch den Transport des Guts entstanden sind, das später entstandene dem früher entstandenen vor; diese Pfandrechte haben sämmtlich den Vorrang vor dem Pfandrecht des Commissionärs und vor dem Pfandrecht des Spediteurs für Vorschüsse; unter den letzteren Pfandrechten geht das früher entstandene dem später entstandenen vor. **Art. 411.**

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung: fehlt. — Entwurf II. Lesung: fehlt.

Protok. S. 855 f. — 859 bis 861. — 4625 f. 5103 f. — Monitum 399 b [1]).

[4]) Eine Contractsklage, die an sich denkbar wäre, da ja ein directes obligatorisches Verhältniss zwischen Absender, bez. Empfänger und Zwischenfrachtführer besteht, ist durch Art. 408 Abs. 1 ausgeschlossen.

[1]) S. 79 des Beilagenbandes zu Protok. DXLVIII bis DLXXXIX.

Art. 411. §. 1. Nachdem in erster Lesung ein Antrag, über die Rangordnung der Pfandrechte des Frachtführers, Spediteurs, Commissionärs eine Bestimmung aufzunehmen, Widerstand gefunden hatte und darum zurückgezogen worden war (Protok. S. 855 f. 859 bis 861), wurde in dritter Lesung auf Grund des Monitum 399 b das Princip der Priorität des späteren Pfandrechts angenommen und hierauf unser Artikel in der vorliegenden Fassung beschlossen (Protok. S. 4625 f. 5103 f.).

Da, wenn und soweit der Vormann für seine Forderung durch Nachnahme befriedigt wird, seine Forderung und mithin auch sein Pfandrecht erlischt und der Nachmann für seine gesammte Forderung ein selbständiges Pfandrecht erwirbt, so kann für diesen Fall eine Collision verschiedener Pfandrechte nicht vorkommen. Der Artikel hat also seine Bedeutung nur für den Fall, wenn die Vormänner oder ein Vormann nicht befriedigt ist, sei es, dass dieser seine Forderung selbst, sei es, dass sie der abliefernde Frachtführer (Art. 410 Abs. 1) geltend macht.

§. 2. Der Artikel unterscheidet zwischen Forderungen, welche durch die Versendung und den Transport des Guts, und solchen, welche aus der Gewährung von Vorschüssen entstanden sind. Hinsichtlich der für die letzteren Forderungen bestehenden gesetzlichen Pfandrechte ist der allgemeine Grundsatz der Priorität des älteren Pfandrechts anerkannt. Rücksichtlich der ersteren ist von der Erwägung ausgegangen worden, dass „die Waare an Werth gewinne, je weiter sie vom Abgangsort weg in die Nähe ihres Bestimmungsorts gelange, und dass es der Natur der Verhältnisse entsprechend sei, dass derjenige den Vorrang vor Anderen habe, der die Wertherhöhung durch seine Leistung bewirkt habe“ (Protok. S. 861). Daher wurde in Erweiterung des Princips, welches das römische Recht in Betreff der aus einer sogenannten versio in rem entstandenen Forderungen anerkannt hatte, der Vorzug der zweiten Kategorie von Pfandrechten vor denen der ersten und unter denen der zweiten Kategorie der Vorzug des später entstandenen festgesetzt.

§. 3. Neben den **durch den Transport** entstandenen Pfandrechten werden die **durch die Versendung** entstandenen erwähnt. Es fallen hierunter insbesondere die Pfandrechte für die dem Spediteur nach Art. 381 zustehenden Forderungen. Auch diejenigen Personen, welche sonst als Commissionäre oder Frachtführer thätig sind, können solche Forderungen haben, z. B. wegen Verwendung für Verpackung, Umpackung u. s. w. Eine genaue Unterscheidung zwischen Versendungs- und Transportkosten ist bei der rechtlichen Gleichstellung beider ohne Interesse.

Pfandrecht des Commissionärs. Der Commissionär kann Versender oder Absender sein (z. B. der Einkaufscommissionär, welcher das

eingekaufte Commissionsgut, für welches er den Kaufpreis bezahlt hat, dem Committenten zuschickt, der Verkaufscommissionär, der das nicht verkaufte Commissionsgut, für dessen Lagerung er Verwendungen gemacht hatte, zurückschickt), aber auch Empfänger (z. B. der Verkaufscommissionär, welcher rücksichtlich des erwarteten Guts schon Wechsel acceptirt hatte). Art. 411.

Vorschüsse, d. h. solche Auslagen, welche nicht für Versendungs- und Transportzwecke gemacht sind, z. B. der Verkäufer, welcher die Waare dem Käufer sendet, hat den Kaufpreis vom Spediteur durch „Nachnahme" entnommen [1]).

Geht vor. Es handelt sich hier lediglich darum, den Einfluss des Alters auf die Reihenfolge der Geltendmachung der Pfandrechte grundsätzlich zu bestimmen. Damit ist über die besondere Gestaltung der Pfandrechtsverhältnisse im einzelnen Fall nichts ausgesprochen, insbesondere ist dadurch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass aus besonderen Gründen dem späteren Pfandgläubiger durch die früher begründeten Rechte nicht präjudicirt wird.

Art. 412.

Wenn der Frachtführer das Gut ohne Bezahlung abliefert und das Pfandrecht nicht binnen drei Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend macht, so wird er, sowie die vorhergehenden Frachtführer und die Spediteure, des Rückgriffs gegen die Vormänner verlustig. Der Anspruch gegen den Empfänger bleibt in Kraft. Art. 412.

Preuss. Entwurf Art. 318. — Entwurf I. Lesung Art. 346. — Entwurf II. Lesung Art. 384.

Protok. S. 843 bis 485. — 1240. — 4762 bis 4765. 5104. — Monitum 475.

Es gilt als ein Naturale des Frachtvertrags, dass der Frachtführer die Zahlung der Fracht und der sonstigen aus dem Frachtvertrag ihm zustehenden Forderungen vom Empfänger verlange. Dadurch wird die Forderung des Frachtführers gegen den Absender eine bedingte, und die Klage aus dem Frachtvertrag stellt sich als Regressklage dar. Hat der Frachtführer nicht die erforderliche Diligenz in Erfüllung der Bedingung bethätigt, so kann er die Forderung nicht geltend machen. Nach dem §. 1.

[1]) Siehe Bemerkungen zu Art. 382 §. 1 Note 2.

Art. 412. früheren Recht wurde angenommen, dass der Frachtführer schon dann nicht diligent handle, wenn er das Gut ohne Zahlung zu erhalten dem Empfänger aushändige. Der Frachtführer, welcher sicher gehen wollte, war mithin genöthigt, Zug um Zug zu handeln. Um die hieraus sich ergebenden Unzuträglichkeiten zu beseitigen, wurde in Art. 409 die Fortdauer des Pfandrechts des Frachtführers am Gut auch nach der Ablieferung, dessen gerichtliche Geltendmachung binnen drei Tagen nach der Ablieferung vorausgesetzt, ausgesprochen. Consequent musste man auch den Rückgriff an den Absender gestatten, wenn das Pfandrecht nur innerhalb der drei Tage geltend gemacht worden war [1]). Dem Absender bleibt es natürlich vorbehalten, den Frachtführer anzuweisen, das Gut dem Empfänger nur gegen Zahlung der Forderungen auszuhändigen. Handelt der Frachtführer dieser Anweisung zuwider, so thut er dies auf eigene Gefahr.

§. 2. Wird der Transport durch mehrere Personen successiv ausgeführt oder besorgt, so gestaltet sich das Rechtsverhältniss so, dass die letzte derselben die Zahlung der aus dem Frachtvertrag und Speditionsvertrag hervorgehenden Forderungen dieser Personen vom Empfänger zu erhalten sucht, sei es als einfacher Mandatar, sei es als Cessionar der Vormänner (Art. 410 Abs. 1. 2). Liefert der letzte Frachtführer das Gut aus, ohne diese Zahlung erhalten zu haben und ohne das Pfandrecht binnen der nächsten drei Tage auszuüben, so hat er damit den Ansprüchen der Vormänner in der Art präjudicirt, dass dieselben ihre Forderungen nicht mehr gegen ihre Vormänner geltend machen können. Hatten die Vormänner sich auf dem Weg der Nachnahme befriedigt, so ist das Resultat, dass der letzte Frachtführer gegen sie keinen Regress hat. Hatten sie keine Nachnahme erhalten, so haftet ihnen der letzte Frachtführer für den Betrag ihrer Forderungen. Auch die Vormänner können die Bestimmung treffen, dass der letzte Frachtführer das Gut nur gegen Zahlung der betreffenden Forderungen abliefern dürfe.

Vormänner sind frühere Frachtführer, der Absender (der Spediteur), der Versender.

[1]) Die Motive zum preussischen Entwurf (S. 175) sagen richtig: „Diese Bestimmung entspricht der Ansicht der Handelswelt, nach welcher angenommen wird, dass der Frachtvertrag die stillschweigende Bestimmung enthält, das Gut nur gegen Zahlung der Fracht- und der Transportunkosten dem Empfänger auszuhändigen.“ Wenn sie aber darauf fortfahren: „Macht der Frachtführer sein Pfandrecht innerhalb drei Tagen geltend, so wird im Erfolg die Sache in dieselbe Lage versetzt, als wenn die Auslieferung noch gar nicht geschehen wäre,“ so ist dies ungenau, denn es kann auch der Fall eintreten, dass der Empfänger (in seinem Handelsbetrieb) das Frachtgut sofort nach Empfang veräussert, wodurch das Pfandrecht erlischt.

Des Rückgriffs verlustig. von Kräwel [2]) will den Artikel einschränken. Er sagt: „Man kann zu einer richtigen Anwendung der Bestimmungen des Art. 412 nur gelangen, wenn man festhält, dass der Art. 412 nur die Wirkung aussprechen soll, welche die vom Frachtführer unterlassene Ausübung des Pfandrechts am Frachtgut haben solle. Hieraus folgt, dass der Rückgriff auch nur soweit verloren gehen kann, als der Absender durch die ungehörige Ablieferung des Frachtguts um sein Pfandrecht gekommen ist." — Diese Auffassung ist unbegründet. Ein etwa vorhandenes Pfandrecht des Absenders am Gut oder irgend ein anderes Recht, z. B. Eigenthum, kommt hier gar nicht in Frage. Es handelt sich lediglich um die Erfüllung oder Nichterfüllung einer Bedingung des Frachtvertrags, der Absender hat daher auch nicht zu beweisen, dass die Nichterfüllung der Bedingung ihm Schaden verursacht. Art. 412. §. 3.

Eine andere Frage ist es, ob der Frachtführer nicht aus einem anderen Rechtsgrund gegen den Absender noch eine Klage hat, z. B. wegen Bereicherung desselben [3]). Eine Bereicherung kann und wird regelmässig in dem von v. Kräwel angeführten ersten Fall auf Seiten des Verkaufscommittenten dann vorliegen, wenn der Frachtführer das von diesem an den Commissionär übersendete Gut letzterem abgeliefert hat, ohne Zahlung zu erhalten. Allein die Bereicherung kann unter Umständen auch nicht vorhanden sein, z. B. wenn der Commissionär das Gut unterschlagen hat und von demselben kein Ersatz zu erlangen ist u. s. w. Eine Bereicherung kann aber auch im zweiten Beispiel v. Kräwel's vorhanden sein, in welchem er den Rückgriff versagt. Es ist dann der Fall, wenn durch den dem Absender gegebenen Vorschuss nicht eine Forderung des Absenders getilgt, sondern eine Verbindlichkeit desselben constituirt werden soll. In diesem Fall kann der Frachtführer, der vom Empfänger den Vorschuss nicht ersetzt erhalten hat, eine condictio sine causa gegen den Absender anstellen. — Alles kommt also auf die Frage an, ob im einzelnen Fall eine Berechnung vorhanden ist.

Vorbemerkung zu Art. 413 bis 419 über den Ladeschein. Art. 413 bis 419.

Protok. S. 446 bis 451. 845 bis 849. — 1240. 1246. — 4766 bis 4769. 5104. Monitum 476.

[2]) Commentar, Anmerkung 1 zu Art. 412.

[3]) Den Antrag, eine Ausnahme für den Fall der Bereicherung der Vormänner zu statuiren (vergl. Art. 627), nahm man in erster Lesung deswegen nicht an, weil hier von den Ansprüchen aus dem Frachtvertrag, nicht aber von denen aus sonstigen civilrechtlichen Gründen die Rede sei, in dritter Lesung, weil die Ausnahme selbstverständlich sei. Protok. S. 845. 4765.

Art. 413 bis 419.

Im preussischen Entwurf waren die „nach dem jetzigen Gebrauch von den Flussschiffern nach Art eines Connossements ausgefertigten Ladescheine“ (Motive zu Art. 325 S. 177) für indossable Papiere erklärt (Art. 320) und für sie Rechtssätze nach Vorbild der über Connossemente geltenden aufgestellt worden (Art. 319 bis 325; vgl. Art. 483 bis 491). Den Ladescheinen hatte man aber für den Landtransport die von dem Frachtführer zu unterschreibenden Duplicate des Frachtbriefs gleichgestellt.

In erster Lesung war man zwar darüber einverstanden, solche negociable Frachturkunden anzuerkennen, hielt es aber für bedenklich, dieselben unter der Form von Duplicaten des Frachtbriefs zuzulassen, indem auf diese Weise der Unterschied dieser Urkunden von gewöhnlichen Frachtbriefen nicht prägnant genug hervorgehoben werde und die Frachtführer dadurch leicht in Schaden kommen könnten, und beschloss daher, dass die fraglichen Urkunden in Form eines Verpflichtungsscheins, bez. eines Connossements vom Frachtführer ausgestellt werden, und dass auch die vom Landfrachtführer ausgestellten den Namen „Ladescheine“ führen sollten (Protok. S. 449 bis 451. 845 bis 849).

In zweiter Lesung erklärte man sich von mehreren Seiten gegen das neue Institut, hauptsächlich aus dem Grund, weil sich noch kein allgemeines Bedürfniss einer solchen Neuerung gezeigt habe und es nicht Sache des Gesetzgebers sei zu experimentiren, sodann weil die grösseren Frachtführer, Posten, Eisenbahn- und Dampfschifffahrtsverwaltungen sich den vorgeschlagenen Normen nicht unterwerfen würden, und für die kleineren Frachtführer die gedachten gesetzlichen Bestimmungen zu complicirt und zu schwer zu handhaben seien. Die Versammlung nahm jedoch von einer gänzlichen Beseitigung des Instituts Abstand, beschloss aber mehrere Modificationen desselben, durch welche den gerügten Uebelständen begegnet wurde (Protok. S. 1240 bis 1246).

Ebensowenig erreichte ein in dritter Lesung gestellter Antrag auf Streichung der Bestimmungen über Ladescheine seinen Zweck. Dagegen wurden im Einzelnen neue bedeutende Veränderungen vorgenommen, insbesondere ward die Verpflichtung des Frachtführers, auf Verlangen des Absenders einen Ladeschein auszustellen [1]), sowie die Bestimmung über die Wirkung der Uebergabe des Ladescheins auf das Rechtsverhältniss in Betreff des Guts [2]) beseitigt (Protok. S. 4766 bis 4769).

[1]) S. Bemerkungen zu Art. 413 §. 1.

[2]) Art. 388 des Entwurfs zweiter Lesung lautete: „Die Uebergabe des Ladescheins steht der Uebergabe des Guts gleich.“ Ueber die Geschichte dieses Artikels und dessen Streichung s. preussischer Entwurf Art. 230 Abs. 2. 3. Protok. S. 443 bis 446. 450 f. Entwurf erster Lesung Art. 351. Protok. S. 1247. Monitum 479. Protok. S. 4774.

Art. 413. **Art. 413.**

Der Absender und der Frachtführer können übereinkommen, dass der letztere dem ersteren einen Ladeschein ausstellt.

Der Ladeschein ist eine Urkunde, durch welche der Frachtführer sich zur Aushändigung des Guts verpflichtet.

Preuss. Entwurf Art. 319. — Entwurf I. Lesung Art. 348. — Entwurf II. Lesung Art. 385.

Protok. S. 845 bis 850. — 1241. 1246 f. 1443 f. — 4699. 4769. 5104. — Monitum 477.

Absatz 1. Nach dem preussischen Entwurf war der Frachtführer verpflichtet, auf Verlangen des Absenders ein oder mehrere Duplicate des Frachtbriefs zu unterschreiben. Schon in erster Lesung beanstandete man, dass der Frachtführer zur Ausstellung einer negociablen Urkunde verpflichtet werden solle, „im kleineren Frachtverkehr, wo viele Frachtführer ihren Namen nicht schreiben könnten, werde eine solche Vorschrift nicht durchführbar sein" (Protok. S. 848 f.). Allein erst in zweiter Lesung modificirte man die Bestimmung, in der Art, dass Anfangs die Verpflichtung beseitigt und nur die Berechtigung anerkannt wurde, (Protok. S. 1241. 1246), sodann aber nur die gewöhnlichen Fuhrleute, die gewöhnlichen Schiffer und die Postanstalten von der Verpflichtung entbunden wurden (Protok. 1443 f.). In dritter Lesung endlich wurden auf Grund eines fünffach gestellten Antrags (Monitum 477) auch die übrigen Frachtführer der Verpflichtung zur Ausstellung eines Ladescheins enthoben und der erste Beschluss aus zweiter Lesung wieder hergestellt (Protok. S. 4769). §. 1.

Die Zulässigkeit der Ausstellung des Ladescheins in mehreren Exemplaren wurde in zweiter Lesung bekämpft. Beim Landtransport sei nicht wie beim Seetransport ein Bedürfniss dazu vorhanden, und es sei zu befürchten, dass diese Bestimmung zu Missbrauch Veranlassung gebe. Man beschloss jedoch, von einem Verbot der Duplicate abzusehen und sich damit zu begnügen, über dieselben im Gesetz nichts zu bestimmen. Ergebe sich ein Bedürfniss zur Ausstellung von Duplicaten, und sollten solche wirklich vorkommen, so sei die Beurtheilung derselben der Praxis anheimzugeben (Protok. S. 1246 f.). §. 2.

In erster Lesung war beschlossen worden, dass es „neben dem Ladeschein nicht auch noch der Ausstellung eines Frachtbriefs bedürfen solle (Protok. S. 849; letzter Absatz des Art. 349 des Entwurfs erster §. 3.

Art. 413. Lesung). In zweiter Lesung wurde beschlossen, diese Bestimmung zu streichen; „es sei nicht einmal zu widerrathen, Frachtbriefe neben den Ladescheinen auszustellen, indem dieselben wegen der Zollverhältnisse, wegen der Beziehungen des Frachtführers zum Absender u. dergl. vielleicht nicht zu entbehren sein würden" (Protok. S. 1247, vergl. auch S. 1249 a. E.). Die Bestimmungen der Art. 391. 392 bleiben also auch, wenn ein Ladeschein ausgestellt ist, massgebend (Art. 419) [1], während die Art. 402 bis 405 nicht zur Anwendung kommen, sondern Art. 415. 416. 417.

§. 4. **Absatz 2** ist bei der Redaction der zu Art. 348 des Entwurfs erster Lesung in zweiter Lesung gefassten Beschlüsse hinzugefügt [2]. Der Passus hat den Zweck, das Charakteristische des Ladescheins (im Gegensatz zum Frachtbrief) hervorzuheben. Die genaueren Bestimmungen über den Ladeschein sind in den folgenden Artikeln enthalten [3].

Art. 414.

Art. 414. Der Ladeschein enthält:

1) die Bezeichnung der geladenen Güter nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen;
2) den Namen und Wohnort des Frachtführers;
3) den Namen des Absenders;
4) den Namen desjenigen, an den oder an dessen Ordre das Gut abgeliefert werden soll. Als solcher ist der Absender zu verstehen, wenn der Ladeschein lediglich an Ordre gestellt ist;
5) den Ort der Ablieferung;
6) die Bestimmung in Ansehung der Fracht;
7) den Ort und Tag der Ausstellung.

Der Ladeschein muss von dem Frachtführer unterzeichnet sein.

Der Absender hat dem Frachtführer auf dessen Verlangen eine von ihm unterzeichnete gleichlautende Copie des Ladescheins auszuhändigen.

1) S. Bemerkungen zu Art. 392 Nr. 4 a. E.

2) Die Protokolle enthalten hierüber nichts. Der von der Redactionscommission in der CL. Sitzung vorgelegte und von der Versammlung angenommene (mir vorliegende) lithographirte Fassungsentwurf (Protok. S. 1252 a. E.) enthielt schon unseren Abs. 2.

3) Durch diese Auffassung erledigen sich die Gravamina von Kräwel's, Commentar Anmerkung 1 zu diesem Artikel. Auch die von ihm vorgeschlagene Begriffsbestimmung ist übrigens nicht erschöpfend.

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung Art. 349. — Entwurf II. Lesung Art. 386. **Art. 414.**

Protok. S. 845 bis 849. — 1242. 1247. 1250. 1326. 1330. 1332. — 2203 bis 2208. — 4005. 4563. 4569. 4769 bis 4771. 5104. — Monita 476 Nr 2. 478.

Absatz 1. Der Ladeschein enthält. Ueber die Bedeutung dieser Worte siehe Bemerkungen zu Art. 392 §. 1. Vergl. die im Gegensatz hierzu stehende Fassung des zweiten Absatzes: „Der Ladeschein muss von dem Frachtführer unterzeichnet sein." §. 1.

Ueber die einzelnen Positionen vergl. Art. 645. 646 und die Note *) zu Art. 348 und 349 des Entwurfs erster Lesung.

Nr. 4, an dessen Ordre. Das Princip des preussischen Entwurfs, welcher die Duplicate der Frachtbriefe (wie auch der Connossemente) nach Analogie der Wechsel als indossabel erklärt, „wenn in denselben nicht das Gegentheil erklärt ist" (Art. 230), wurde betreffs der Ladescheine in beiden ersten Lesungen trotz mannigfacher Anfechtungen beibehalten (Protok. S. 444. 446 bis 451. 845 bis 849. 850. — 1326. 1330. 1332. — Art. 255 Nr. 3 des Entwurfs erster Lesung, Art. 286 des Entwurfs zweiter Lesung). Bei Berathung des Seerechts wurde dagegen für Connossemente die Indossabilität nur dann anerkannt, wenn dieselben an Ordre gestellt sind, und in Folge davon derselbe Grundsatz auch in Betreff der Ladescheine beschlossen (Protok. S. 2203 bis 2208. 4005). In dritter Lesung wurde dieser Beschluss bei Berathung des jetzigen Art. 302 nicht angefochten. Ein zu unserem Artikel gestellter Antrag (Monitum 476 Nr. 2), dem Ladeschein die Indossabilität ganz zu entziehen und denselben nur als Rectapapier anzuerkennen, wurde abgelehnt (Protokolle S. 4769 f.; s. auch Protokolle 1241 f.). §. 2.

Als solcher ist der Absender zu verstehen, wenn der Ladeschein lediglich an Ordre gestellt ist — mit anderen Worten „an Ordre" ohne Beifügung eines Namens heisst: „an den Absender oder dessen Ordre" (vergl. Art. 646). — Während in Fällen, wo eine bestimmte Person als Empfänger bezeichnet ist, der Name des Absenders (Nr. 3) möglicher Weise fehlen kann, ohne dass darum die Urkunde aufhört ein Ladeschein zu sein (s. o. §. 1), wird die Angabe dieses Namens dann, wenn der Ladeschein „lediglich an Ordre" gestellt ist, erforderlich sein. §. 3.

Absatz 3. Eine Copie, kein zweites Exemplar. Der Antrag auf Aufnahme dieser Bestimmung wurde damit motivirt, „der Frachtführer müsse seiner selbst und der Zollbehörde wegen ein vom Absender unterzeichnetes Document in Händen haben." Freilich war dabei von der §. 4.

Art. 414. Ansicht ausgegangen, dass der Frachtführer, welcher einen Ladeschein ausgestellt, keinen Frachtbrief erhalte. Der Antrag wurde aber trotzdem, dass inzwischen die Unzulässigkeit der Ausstellung eines Frachtbriefs beseitigt worden war, angenommen (Protok. 1241. 1242. 1250) [1].

Im Seerecht findet sich die entsprechende Bestimmung in Art. 644 Abs. 3. Bei der Verhandlung hierüber war hervorgehoben worden: „der Schiffer komme nicht selten in die Lage, sich auf sein Connossement berufen und mit demselben seine Ansprüche begründen zu müssen. Wenn derselbe z. B. am Bestimmungsort den Empfänger der Ladung nicht finden könne, oder der letztere die Annahme der Ladung verweigere und nun die Ladung deponirt und sodann verkauft werden solle, um aus dem Erlös die Fracht zu zahlen, bleibe dem Schiffer zum Nachweis seiner Ansprüche in der Regel nichts Anderes als das Connossement übrig. Ebenso verhalte sich die Sache, wenn er die Fracht versichert habe und die Assecuranzsumme vom Versicherer einholen wolle [2] u. dergl. Nun dürfe man nicht ausser Acht lassen, dass das Connossement als ein vom Schiffer selbst ausgestelltes Document, wenn es von ihm producirt werde, zu seinen Gunsten keinen Beweis mache. Es sei deshalb höchst wünschenswerth, ihm ein Mittel an die Hand zu geben, wodurch er sich ein Document verschaffen könne, dessen Inhalt wenigstens gegenüber dem Ablader als der richtige gelten müsse“ (Protok. S. 2194 f.).

Art. 415.

Art. 415. Der Ladeschein entscheidet für die Rechtsverhältnisse zwischen dem Frachtführer und dem Empfänger des Guts; die nicht in denselben aufgenommenen Bestimmungen des Frachtvertrags haben gegenüber dem Empfänger keine rechtliche Wirkung, sofern nicht auf dieselben ausdrücklich Bezug genommen ist.

Für die Rechtsverhältnisse zwischen Frachtführer und Absender bleiben die Bestimmungen des Frachtvertrags massgebend.

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung Art. 350. — Entwurf II. Lesung Art. 387.

Protok. S. 1242. 1247. — 4771 bis 4774. 5105.

[1]) In der That kann eine solche von dem Absender unterzeichnete Copie des Ladescheins auch neben dem Frachtbrief dem Frachtführer von wesentlichem Interesse sein, weil er sich durch dieselbe gegen etwaige vom Absender oder Empfänger auf Grund der Art. 402 bis 405 geltend gemachte Ansprüche am sichersten vertheidigen kann.

[2]) Vergl. Art. 888 Nr. 1.

Durch die Ausstellung eines Ladescheins verpflichtet sich der Frachtführer dem legitimirten Inhaber dieser Urkunde ganz in derselben Weise, als wenn er mit demselben einen Frachtvertrag dahin abgeschlossen, dass er ein von einem Dritten übernommenes Gut an den Ablieferungsort zu transportiren und ihm dort auszuhändigen habe. Dass daneben der Frachtführer mit dem Absender einen Frachtvertrag abgeschlossen hat, ist für jenen Vertrag völlig indifferent. Für das Rechtsverhältniss zwischen Frachtführer und legitimirtem Inhaber des Ladescheins ist der Inhalt dieser Urkunde die einzige Lex. Selbstverständlich ist, dass im Ladeschein auch auf die Bestimmungen oder einzelne Bestimmungen des Frachtbriefs Bezug genommen werden kann, z. B. durch die Clausel „laut Frachtbrief" oder „Fracht laut Frachtbrief". In diesem Fall bildet der Frachtbrief bez. der angezogene Theil desselben einen Theil des Inhalts des Ladescheins. Art. 415. §. 1.

Das Verhältniss zwischen Absender und Frachtführer wird durch die Ausstellung eines Ladescheins nicht weiter berührt, als die dadurch begründeten Rechte des Empfängers von vornherein die Dispositionsbefugniss des Absenders ausschliessen. Im Uebrigen bleibt der Frachtvertrag bestehen und ist für das Rechtsverhältniss zwischen Absender und Frachtführer auch in den Punkten massgebend, in welchen er von den Bestimmungen des Ladescheins abweicht, z. B. hinsichtlich der Fracht [1]). Allerdings kann, wenn im einzelnen Fall Absender und Frachtführer übereinkommen, dass in den Ladeschein andere Bestimmungen aufgenommen werden sollen, als der früher abgeschlossene Frachtvertrag enthält, dies in der Absicht geschehen, den Frachtvertrag abzuändern. Dies kann aber nicht präsumirt werden; es wurde daher auch der aus Art. 486 Abs. 2 des preussischen Entwurfs in Art. 350 Abs. 2 des Entwurfs erster Lesung übergegangene Schlusssatz: „soweit im Ladeschein nichts Abweichendes enthalten ist", in zweiter Lesung gestrichen. §. 2.

Während im Allgemeinen der Ladeschein dem Connossement nachgebildet ist, darf er doch nicht mit letzterem identificirt werden. Abgesehen davon, dass die Wirkung der Connossementsübertragung auf die Rechtsverhältnisse in Betreff der Güter nicht auch für die Uebergabe des Ladescheins anerkannt ist, ergiebt sich die Verschiedenheit zwischen beiden Instituten insbesondere daraus, dass in unserem Artikel der in Abs. 1 des demselben entsprechenden Art. 653 enthaltene Satz: „ins- §. 3.

1) Auch ohne, dass ein Ladeschein ausgestellt ist, kann zwischen Absender und Frachtführer verabredet sein, dass der Frachtführer vom Empfänger andere Leistungen verlangen solle, als die im Frachtvertrag festgestellten. Siehe darüber Bemerkungen zu Art. 405 §. 8 Nr. 4.

Art. 415. besondere muss die Ablieferung der Güter an den Empfänger nach Inhalt des Connossements erfolgen," nicht aufgenommen ist, und ebensowenig die in Art. 654 und 655 aufgestellte Haftung des Schiffers für die Richtigkeit der im Connossement enthaltenen Bezeichnung der abgeladenen Güter auf den Aussteller des Ladescheins ausgedehnt sind.

In Folge jener Bestimmungen hat die vom Schiffer, welcher ein reines Connossement ausstellt, übernommene Verpflichtung einen weiteren Umfang als seine durch den Frachtvertrag begründete Haftung. Ersterem ist freilich aber auch die Möglichkeit gegeben, sich in einfachster Weise (durch Aufnahme gewisser Clauseln in das Connossement Art. 656 ff.) von diesem Mehr der Haftung zu befreien.

Dem Frachtführer legt das Gesetz diese weitere Haftung nicht auf. Steht die Identität der abgelieferten und der übernommenen Güter fest und sind dieselben in der Zeit zwischen Empfangnahme und Ablieferung nicht beschädigt worden, so haftet der Frachtführer, welcher die Güter im Ladeschein irrthümlich bezeichnet hatte, nur dann, wenn ihm dabei ein Verschulden zur Last fällt, und nur für den Schaden, welcher aus dieser Bezeichnung dem Inhaber des Ladescheins erwachsen ist [2]). Um diesen zu begründen, ist ein Eingehen auf die materiellen Verhältnisse erforderlich. Ist z. B. der Inhaber des Ladescheins Verkaufscommissionär des Absenders, so hat er wegen irrthümlicher Bezeichnung des Guts im Ladeschein an sich eine Klage nicht; hatte er auf Grund des Ladescheins dem Committenten Vorschuss gegeben (einen Wechsel acceptirt), so kann er bis zum Betrag dieser Summe beschädigt sein. Hatte der Commissionär die auf dem Transport befindliche Waare verkauft und den Ladeschein dem Käufer indossirt, so kann dieser möglicher Weise bis zum Werth, welchen die Waare gemäss der im Ladeschein enthaltenen Angabe haben würde, beschädigt sein.

Art. 416.

Art. 416. Wenn der Frachtführer einen Ladeschein ausgestellt hat, darf er späteren Anweisungen des Absenders wegen Zurückgabe oder Auslieferung des Guts an einen anderen als den durch den Ladeschein legitimirten Empfänger nur dann Folge leisten, wenn ihm

[2]) Selbstverständlich kann der Frachtführer sich auch nicht zu seinen Gunsten auf eine irrige Bezeichnung der Waare berufen, indem er etwa das die Angabe im Ladeschein übersteigende Quantum (Uebergewicht, Ueberkahn, Sprott) abzuliefern sich weigerte.

der Ladeschein zurückgegeben wird. Handelt er dieser Bestimmung entgegen, so ist er dem rechtmässigen Inhaber des Ladescheins für das Gut verpflichtet. Art. 416.

Preuss. Entwurf Art. 320. — Entwurf I. Lesung Art. 352. — Entwurf II. Lesung Art. 389.

Protok. S. 850 f. — 1248. — 4775. 5105. — Monitum 480.

Der Artikel enthält eine nothwendige Consequenz aus der vom Frachtführer durch Ausstellung eines Ladescheins übernommenen directen Verpflichtung gegen den legitimirten Inhaber des Ladescheins. §. 1.

Die entsprechende Bestimmung des Seerechts (Art. 661) unterscheidet zwischen dem an Ordre und dem nicht an Ordre gestellten Connossement und verpflichtet im letzteren Fall den Schiffer „zur Zurückgabe und Auslieferung der Güter auch ohne Beibringung eines Exemplars des Connossements, sofern der Ablader und der im Connossement bezeichnete Empfänger in die Zurückgabe oder Auslieferung der Güter willigen. Werden jedoch nicht sämmtliche Exemplare des Connossements zurückgestellt, so kann der Schiffer wegen der deshalb zu besorgenden Nachtheile zuvor Sicherheitsleistung fordern.“ Ein Antrag, diese Bestimmung auch in unseren Artikel aufzunehmen, wurde abgelehnt (Protok. S. 4775).

Der Antrag, auch die Zurückgabe „der etwa ausgestellten Duplicate“ zu verlangen, wurde mit Rücksicht auf den Beschluss, über die Ausstellung von Duplicaten der Ladescheine nichts in das Gesetz aufzunehmen, abgelehnt. — Es kann jedoch keinem Zweifel unterliegen, dass, sobald es sich um wirkliche Duplicate des Ladescheins handelt, der Frachtführer erst, wenn ihm sämmtliche Exemplare zurückgegeben werden, den Anweisungen des Absenders nachzukommen verpflichtet ist. §. 2.

Dem etwa begründeten Verfolgungsrecht des Absenders (stoppage in transitu) [1]) wird auch durch Ausstellung eines Ladescheins nicht präjudicirt.

Art. 417.

Zum Empfange des Guts legitimirt ist derjenige, an welchen das Gut nach dem Ladeschein abgeliefert werden soll, oder auf welchen der Ladeschein, wenn er an Ordre lautet, durch Indossament übertragen ist. Art. 417.

[1]) Vergl. Bemerkungen zu Art. 402 §. 6; Zusatz zu Art. 402; Bemerkungen zu Art. 405 §. 9.

Art. 417. Preuss. Entwurf Art. 323. — Entwurf I. Lesung Art. 354. — Entwurf II. Lesung Art. 390.

Protok. S. 853. — 1249. — 2238. — 4775. 5105. — Monitum 481.

Vergleiche Art. 647 Abs. 2.

Art. 418.

Art. 418. Der Frachtführer ist zur Ablieferung des Guts nur gegen Rückgabe des Ladescheins, auf welchem die Ablieferung des Guts zu bescheinigen ist, verpflichtet.

Preuss. Entwurf Art. 324. — Entwurf I. Lesung Art. 355. — Entwurf II. Lesung Art. 391.

Protok. S. 853 bis 855. — 1249. — 4775. 5105.

Vergleiche Art. 652.

Art. 419.

Art. 419. Im Uebrigen kommen die Bestimmungen über die Rechte und Pflichten des Frachtführers auch in dem Falle zur Anwendung, wenn ein Ladeschein ausgestellt ist.

Preuss. Entwurf: fehlt. — Entwurf I. Lesung Art. 356. — Entwurf II. Lesung Art. 392.

Protok. S. 850. 862. — 1249. — 4775. 5105. — Monitum 482.

§. 1. **Im Uebrigen**, d. h. soweit durch die vorausgehenden von Ladescheinen handelnden Artikel nichts Besonderes festgesetzt ist. Ist ein Ladeschein ausgestellt, so finden von den sämmtlichen über die Rechte und Pflichten des Frachtführers handelnden Artikeln nur die Art. 402 bis 405 keine Anwendung.

§. 2. Hat der Frachtführer, welcher einen Ladeschein ausgestellt hatte, das Gut einem anderen Frachtführer zur Ausführung des Transports übergeben, so wird dieser aus dem Ladeschein nicht verpflichtet. Hat er das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief übernommen, so entscheidet sich das Rechtsverhältniss ganz nach Art. 401. Ist im Frachtbrief auf den Ladeschein Bezug genommen, ist insbesondere der legitimirte

Inhaber des Ladescheins als Empfänger bezeichnet, so wird dadurch nicht nur der Inhalt des Ladescheins mittelbar auch für den Frachtführer massgebend, sondern dieser ist auch berechtigt und verpflichtet, die Befolgung einer etwaigen vom Absender auf Grund des Art. 402 ihm ertheilten Anweisung abzulehnen, und ist ferner dem Empfänger gegenüber berechtigt, dem ersten Frachtführer gegenüber verpflichtet, das Gut nur gegen Aushändigung des quittirten Ladescheins abzuliefern. **Art. 419.**

Art. 420.

Wenn ein Kaufmann, dessen gewöhnlicher Handelsbetrieb sich nicht auf die Ausführung von Frachtgeschäften erstreckt, in einem einzelnen Fall einen Transport von Gütern zu Land oder auf Flüssen und Binnengewässern auszuführen übernimmt, so kommen die Bestimmungen dieses Titels auch in Bezug auf ein solches Geschäft zur Anwendung. **Art. 420.**

Preuss. Entwurf Art. 326 Abs. 2. — Entwurf I. Lesung: fehlt. — Entwurf II. Lesung Art. 393.

Protok. S. 855. — 1464 f. — 4775. — Monitum 393.

Siehe Bemerkungen zu Art. 272 Abs. 2, §. 22. 23, S. 35. Vorbemerkung II zu Buch IV, Titel I, Abschnitt 2, §. 7, S. 53. Bemerkungen zu Art. 390 §. 1.

Vergleiche Art. 378. 388.

Art. 421.

Die Bestimmungen dieses Abschnitts finden auch Anwendung auf Frachtgeschäfte von Eisenbahnen und anderen öffentlichen Transportanstalten. **Art. 421.**

Sie gelten jedoch für die Postanstalten nur insoweit, als nicht durch besondere Gesetze oder Verordnungen für dieselben ein Anderes bestimmt ist.

Für die Eisenbahnen kommen ferner die Bestimmungen des folgenden Abschnitts zur Anwendung.

Preuss. Entwurf Art. 326 Abs. 1. — Entwurf I. Lesung Art. 357. — Entwurf II. Lesung Art. 394.

Protok. S. 855. — 1250. — 5048 bis 5053. 5105. — Monita 483 bis 486.

Art. 421. §. 1. **Absatz 1.** Für den Begriff des Frachtführers (Art. 390) und mithin für die Anwendbarkeit dieses Titels ist es gleichgültig, ob der den Transport Uebernehmende eine einzelne physische Person, eine Gesellschaft, eine juristische Person, der Staat ist, ebenso in welchem Umfang das Frachtgewerbe betrieben wird. **Eisenbahnen** [1]), welche Gütertransport [2]) betreiben, fallen daher unter diesen Begriff. Desgleichen die im Artikel erwähnten **öffentlichen Transportanstalten**. Eine genauere Bestimmung dieses letzteren Begriffs, welche übrigens auch schwerlich zu einem sicheren Resultat führen würde (Protok. S. 855), ist, da für diese Anstalten nach keiner Richtung besondere Grundsätze aufgestellt sind, überflüssig.

§. 2. Nachdem der Entwurf zweiter Lesung veröffentlicht worden war, richteten die deutschen Eisenbahnverwaltungen gegen den Titel „vom Frachtgeschäft" eine eingehende Polemik, indem sie nicht nur den in demselben aufgestellten Satz, wonach den Frachtführern von umfassenderem Gewerbsbetrieb die Befugniss zur vertragsmässigen Beschränkung ihrer gesetzlichen Haftung entzogen wurde (Art. 376), angriffen [3]), sondern auch eine Anzahl von einzelnen Bestimmungen des Titels als auf den Eisenbahnverkehr unanwendbar oder denselben benachtheiligend erklärten und Abänderungsvorschläge machten. Auf Grund derselben wurde von mehreren Regierungen zur dritten Lesung eine Anzahl von Veränderungsanträgen gestellt, bez. eine Revision des Titels auf Grund der von den Eisenbahnen erhobenen Bedenken beantragt (Monita 425. 426). In Folge davon wurde der vorliegende Titel in dritter Lesung einer eingehenderen Berathung unterzogen, als dies betreffs der übrigen Theile des Entwurfs geschehen war [4]). Dieselbe führte zur Abänderung einzelner Bestimmungen und zur Aufnahme eines neuen die besondere rechtliche Stellung der Eisenbahnen in Bezug auf die Modification der gesetzlichen Haftung behandelnden Abschnitts (Protok. S. 4671 bis 4673).

§. 3. **Absatz 2.** Für die Frachtgeschäfte der **Postanstalten** bildet unser Titel nur das subsidiäre Recht. Die gesammten früheren den Postfrachtverkehr betreffenden Gesetze und Verordnungen sind in Wirksamkeit geblieben und es ist der Bildung neuer keine hemmende Schranke gezogen [5]).

Gegen die Anwendbarkeit der Bestimmungen dieses Titels auf die

[1]) D. h. Frachtführer, welche ihr Gewerbe vermittelst eines Schienenwegs betreiben. S. Bemerkungen zu Art. 422 §. 1.

[2]) Auch der Transport des aufgegebenen Reisegepäcks fällt darunter. S. Bemerkungen zu Art. 390 §. 3 und zu Art. 425.

[3]) S. darüber Vorbemerkung zum zweiten Abschnitt.

[4]) S. o. Einleitung §. 8. 9, Bd. I, S. XXI ff.

[5]) Dem sogenannten Postgewohnheitsrecht ist, soweit es dem Handelsgesetzbuch zuwiderläuft, derogirt. Kompe in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. XI, S. 41.

von der Post abgeschlossenen Frachtverträge wurden vielfache Bedenken erhoben. Es sei aus dem, was in den Verhandlungen dagegen geltend gemacht wurde, Folgendes mitgetheilt. Art. 421.

„Daraus, dass die Postanstalt als eine Staatsanstalt erscheine und der Postbetrieb den rechtlichen Charakter der Ausübung eines Regals an sich trage, folge gar nichts für die vorliegenden Anträge. Eine Verkennung des Posthoheitsrechts liege keineswegs darin, wenn die privatrechtliche Seite des Postwesens privatrechtlich behandelt werde. Dass die Verwaltung der Staatsposten die Ausübung eines Staatshoheitsrechts in sich begreife und kein Gewerbe im engeren Sinne des Wortes sei, dass sie eine der Wohlfahrtspolizei des Staats angehörige Aufgabe löse, dass sie auf die Vermittlung des gesammten geistigen und materiellen Verkehrs gerichtet sei u. dergl. — Dies Alles werde nicht angetastet, wenn eine Art von Rechtsgeschäften, welche die Postverwaltung bei Verfolgung ihrer Zwecke eingehe, nämlich die Uebernahme des Transports von Gütern, in privatrechtlicher Beziehung gewissen, dem Charakter, welcher diesen Rechtsgeschäften privatrechtlich zukomme, entsprechenden Normen untergeordnet werde. Den Begriff von Gewerbe in dem engen Sinne, welcher bei dem aufgestellten Gegensatz zum Grunde gelegt werde, habe der Entwurf nicht als Kriterium der Handelsgeschäfte adoptirt." — „Das Frachtgeschäft, wenn es in dieser Weise, gleichviel von wem, betrieben werde, biete durchgreifende Veranlassung, in privatrechtlicher Beziehung zu den Handelsgeschäften gezählt zu werden. Dass die Geschäfte, welche die Posten in Ansehung der Versendung von Gepäckstücken — also abgesehen von dem hier selbstverständlich gar nicht in Betracht kommenden Briefpostverkehr und Personentransport — vornehmen, den Charakter von Frachtverträgen an sich trügen und an dieser Eigenschaft dadurch nichts verlören, dass der eine der Contrahenten der Staat sei und dabei keine Concurrenz zu besorgen habe, stehe längst ebenso fest wie der Grundsatz, dass der Staat in Betreff seiner unter das Civilgesetz fallenden, gleichviel ob auf Ausübung von Regalien gerichteten oder sonstigen Geschäfte dem Civilrecht unterworfen bleibe." — Es wurde sodann noch besonders hervorgehoben, dass bei der Verschiedenheit der auch für den Postverkehr massgebenden bürgerlichen Rechte und insbesondere bei der Bestrittenheit des gemeinen Rechts und des sogenannten Gewohnheitsrechts der deutschen Post die Einführung eines einheitlichen Rechts auch für die Post von grossem Interesse sei. „Im Gegensatz zu der bisherigen unsicheren Rechtsgrundlage müsse die Erhebung der Bestimmungen des Entwurfs über das Frachtgeschäft zur subsidiären Geltung für den Gütertransport der Post als Fortschritt im gemeinsamen Interesse von Deutsch-

Art. 421. land anerkannt werden." — „Je mehr die Verschiedenheit der für die postalischen Verhältnisse massgebenden bürgerlichen Gesetzgebungen verschwinde und der rechtliche Hintergrund der besonderen postalischen Gesetze und Verordnungen ein einheitlicher werde, desto leichter werde dem Postverein die Erreichung seiner Aufgabe sein und desto eher in allen deutschen Staaten eine übereinstimmende Auslegung seiner Bestimmungen Platz greifen." — „Was sodann das Gewohnheitsrecht angehe, so belasse der Art. 394 den Postgesetzen, den Postordnungen und dem Gewohnheitsrecht nach wie vor denselben Spielraum; wenn aus dem Einfluss der specifischen Handelselemente und aus Anwendung von Handelsusancen Nachtheil besorgt werde, so sei diese unbestimmte Besorgniss von keinem praktischen Gewicht, und zwar um so weniger, als die Usance das Dasein einer für die concreten Verhältnisse ausgebildeten und anerkannten Rechtsüberzeugung voraussetze, die Anerkennung einer solchen aber nicht erwartet werden könne, wo das gewöhnliche Verhalten in dem concreten Geschäftskreise dem Dasein der fraglichen Rechtsüberzeugung innerhalb dieses Kreises entgegenstehe oder dieselbe zweifelhaft lasse. Ein Gewohnheitsrechtssatz habe nur so weit Geltung, als er sein Dasein durch Uebung manifestire. Ein unangemessenes Eindringen von Handelsusancen in den Postverkehr sei deshalb ebensowenig zu besorgen, als man zu befürchten habe, dass die im Verkehr der Eisenbahnen sich bildenden Usancen unpassend auf den Verkehr der gewöhnlichen Fuhrleute übertragen werden könnten." Protok. S. 5050 bis 5053.

Zweiter Abschnitt.

Von dem Frachtgeschäft der Eisenbahnen insbesondere.

Vorbemerkung.

Vorbemerkung. In erster Lesung war ein hauptsächlich gegen unbillige Reglementsbestimmungen der Eisenbahnen gerichteter Antrag auf Beschränkung der Vertragsfreiheit der Frachtführer angenommen worden (Protok. S. 827 bis 830), welcher sich in Art. 339 des Entwurfs erster Lesung so formulirt findet:

„Verträge, durch welche die vorstehenden gesetzlichen Verpflichtungen des Frachtführers zum Schadensersatz (Art. 335 bis 338) beschränkt oder aufgehoben werden sollen, haben keine rechtliche Wirkung." Vorbemerkung.

Im Entwurf zweiter Lesung findet sich diese Bestimmung als Art. 376 mit dem Zusatz (Protok. S. 1230 f.):

„Diese Bestimmung findet jedoch auf gewöhnliche Fuhrleute, auf gewöhnliche Schiffer und auf Postanstalten keine Anwendung."

Gegen die definitive Aufnahme dieses Art. 376 in das Handelsgesetzbuch richteten die Eisenbahnverwaltungen, welche das Interesse ihrer Anstalten durch denselben für gefährdet hielten, energische Protestationen [1]), während er von kaufmännischer Seite vertheidigt wurde [2]). Das Resultat dieses lebhaft geführten Streites waren von mehreren Regierungen zur dritten Lesung gestellte Anträge auf Streichung des angefochtenen Artikels (Monitum 449), während andere Regierungen die Modification desselben beantragten (Monita 450 bis 453).

In dritter Lesung wurde nun zunächst der auf gänzliche Streichung gestellte Antrag des Art. 376 abgelehnt (Protok. S. 4689 bis 4692), sodann eine Beschränkung desselben auf Eisenbahnen beschlossen (Protok. S. 4778 f.), seine Strenge aber insofern modificirt, als nach gewissen Richtungen und unter gewissen Voraussetzungen die Zulässigkeit von vertragsmässigen Beschränkungen der gesetzlichen Haftbarkeit der Eisenbahnen anerkannt wurde. Grundsatz und Ausnahme bilden den Hauptinhalt des vorliegenden Abschnitts, dessen erster Artikel die allgemeine Verpflichtung der Eisenbahnen anerkennt, offerirte Transportverträge abzuschliessen.

Der Grund der exceptionellen Behandlung der Eisenbahnen liegt in den besonderen thatsächlichen Verhältnissen, welche diesen Instituten gleichsam ein Verkehrsmonopol gesichert und ihnen dadurch die Möglichkeit gewährt habe, dem auf ihre Benutzung hingewiesenen Publicum die Annahme unbilliger Vertragsbedingungen aufzunöthigen.

Es ist hier nicht der Ort zu untersuchen, ob und wie weit die exceptionelle Behandlung der Eisenbahn innerlich gerechtfertigt ist oder

[1]) Die bedeutendste Arbeit ist die „Denkschrift einer Commission des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen zum Titel V des Entwurfs eines Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs, lautend: Von dem Frachtgeschäft, d. d. Leipzig, den 12. December 1859."

[2]) Die Controverse erstreckte sich zugleich auf eine Anzahl einzelner Bestimmungen des fünften Titels, deren Streichung oder Abänderung die Eisenbahnverwaltungen beantragt hatten. S. Bemerkungen zu Art. 421 §. 2.

Vorbemerkung.

nicht. Es genügt zu constatiren, dass auch andere Rechte, insbesondere das englische [3]), ähnliche Beschränkungen der Vertragsfreiheit für nothwendig erkannt haben, und dass die von Seiten der Eisenbahnverwaltungen prognosticirte nachtheilige Einwirkung auf den Verkehr bis jetzt noch nicht eingetreten ist [4]).

Art. 422.

Art. 422.

Eine Eisenbahn, welche dem Publicum zur Benutzung für den Gütertransport eröffnet ist, kann die bei ihr nachgesuchte Eingehung eines Frachtgeschäfts für ihre Bahnstrecke nicht verweigern, insofern:

1) die Güter, an sich oder vermöge ihrer Verpackung, nach den Reglements, und im Falle die letzteren fehlen oder keinen Anhalt gewähren, nach den Einrichtungen und der Benutzungsweise der Bahn zum Transport sich eignen;
2) der Absender in Bezug auf die Fracht, die Auflieferung der Güter und die sonstigen den Eisenbahnen freigestellten Transportbedingungen sich den allgemein geltenden Anordnungen der Bahnverwaltung unterwirft;
3) die regelmässigen Transportmittel der Bahn zur Ausführung des Tranports genügen.

Die Eisenbahnen sind nicht verpflichtet, die Güter zum Transport eher anzunehmen, als bis die Beförderung derselben geschehen kann.

In Ansehung der Zeit der Beförderung darf kein Absender vor dem anderen ohne einen in den Einrichtungen der Bahn, in den Transportverhältnissen, oder im öffentlichen Interesse liegenden Grund begünstigt werden.

Zuwiderhandlungen gegen die Bestimmungen dieses Artikels begründen den Anspruch auf Ersatz des dadurch entstandenen Schadens.

3) Siehe darüber die in Note 4 citirte Abhandlung Goldschmidt's §. 17 und unten die Bemerkungen zu Art. 422 Note 21 und zu Art. 423 Note 3 und 4.

4) Siehe über diese ganze Frage: Goldschmidt, die Haftungspflicht der Eisenbahnverwaltungen im Güterverkehr (in seiner Zeitschrift Bd. IV, S. 569 bis 660) und die daselbst (namentlich S. 572 ff.) citirte Literatur. Siehe auch Koch, das Frachtgeschäft der Eisenbahnen nach dem Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch (Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VIII, S. 401 ff.; Bd. X, S. 58 ff. und die dort angeführte Literatur).

Entwurf I. Lesung Art. 334 Abs. 2. — Entwurf II. Lesung Art. 370 Abs. 2. — Monita 433. 434. **Art. 422.**
Protok. S. 786. 788. — 1228. — 4680 bis 4683. 5037 bis 5042. 5106 f. 5120.

Absatz 1. Eisenbahn. Das Gesetzbuch hat den Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens adoptirt, welcher unter Eisenbahn nicht nur den Schienenweg, bez. die Gesammtheit aller zum Betrieb des Fracht- und Transportgeschäfts auf demselben unmittelbar und mittelbar dienenden Immobilien und Mobilien versteht, sondern auch den Eigenthümer der Fahrstrasse und dieser anderen Sachen, insbesondere aber die vermittelst dieser Sachen den Güter- oder Personentransport betreibende Person als „die Eisenbahn" bezeichnet. §. 1.

In unserem Artikel ist die Ausdrucksweise deswegen nicht correct, weil dasselbe Wort nach einer zweifachen Richtung zu verstehen ist — es ist aber vollkommen deutlich, was gemeint ist. Zunächst bedeutet hier „eine Eisenbahn" eine Anstalt zum Transport von Gütern vermittelst eines Schienenwegs. Der Zusatz, „welche dem Publicum zur Benutzung für den Gütertransport eröffnet ist, bezeichnet, dass diese Anstalt zum gewerbemässigen Betrieb von Frachtgeschäften dienen soll. Diese Anstalt wird sodann in derselben Weise als Person aufgefasst, wie man auch sonst den Ausdruck Anstalt, Geschäft braucht, um damit den Inhaber der Anstalt, des Geschäfts zu bezeichnen, wie man insbesondere Frachtgeschäft, Transportanstalt sagt für Frachtführer. Eine Eisenbahn, welche dem Publicum zur Benutzung für den Gütertransport eröffnet ist, ist also ein Frachtführer, welcher sein Frachtgewerbe vermittelst eines Schienenwegs betreibt. Ob der Frachtführer Eigenthümer des Schienenwegs ist oder nicht, sowie im letzteren Fall, in welcher rechtlichen Beziehung zum Eigenthümer desselben er steht, ist gleichgültig. Ebenso ist es gleichgültig, ob eine einzelne physische oder juristische Person, eine Gesellschaft, der Staat das Frachtgeschäft betreibt.

Für den Gütertransport. Inwieweit der Transport des Reisegepäcks als Gütertransport erscheint, s. Bemerkungen zu Art. 425. §. 2.

Für ihre Bahnstrecke. Zwar pflegen die Eisenbahnen den Transport von Gütern auch über ihre Bahnstrecke hinaus zu übernehmen, und es haben sich nicht nur Vereinigungen von Eisenbahnen zum Zweck der Betreibung des Frachtgeschäfts gebildet (Eisenbahnverbände), sondern die einzelnen deutschen Eisenbahnen (Verein deutscher Eisenbahnverwaltungen) sind auch über die bei der Uebernahme des Transports für mehrere Bahnstrecken zu befolgenden Grundsätze über-

Art. 422. eingekommen [1]), allein das Gesetz gewährt dem Einzelnen ein Recht auf Abschluss eines Transportvertrags nur in Betreff des Transports auf der einzelnen Bahnstrecke (Localverkehr). Daher kann es auch nicht als gesetzwidrig angesehen werden, dass in der Redaction des Vereinsgüterreglements von 1865 in §. 3 den vom Transport im Vereinsverkehr ausgeschlossenen Gütern [2]) beigefügt wurde: „alle Güter, rücksichtlich deren das Interesse an der rechtzeitigen Lieferung bez. der durch verspätete Lieferung entstehende Schade die in §. 25 vorgesehenen Sätze übersteigt“ [3]).

Kann — nicht verweigern. Selbstverständlich ist, dass hier nur von den Fällen die Rede ist, in welchen die Eisenbahn nicht durch rechtliche oder sittliche Verbote verhindert ist, den Transport gewisser Güter oder von gewissen Absendern oder an gewisse Empfänger oder zu gewissen Zeiten u. s. w. zu übernehmen.

Verweigern. Nicht nur die gänzliche, sondern auch die zeitweilige Verweigerung ist unzulässig, auch wenn letztere im einzelnen Fall nicht einer gänzlichen Zurückweisung des Transports gleichkommt.

§. 3. **Zu Nro. 1. An sich,** d. h. abgesehen von der Art der Verpackung, in welcher sie aufgegeben werden. So sind „von der Beförderung im Vereinsverkehr durchweg ausgeschlossen: Documente, Gold- und Silberbarren, Edelsteine, echte Perlen, Pretiosen, Platina, baare Gelder, Gemälde und andere Kunstgegenstände“ [4]).

Vermöge ihrer Verpackung. §. 2 des Vereinsgüterreglements lautet:

„Die Eisenbahn ist nicht verpflichtet, Gut zum Transport zu über-

[1]) Reglement für den Vereinsgüterverkehr auf den Bahnen des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen (redigirt nach den Kölner Generalversammlungsbeschlüssen vom 26. und 27. August 1861). Abgedruckt in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. V, S. 591 ff. Neu redigirt im Jahr 1865. Im Folgenden citirt als „Vereinsgüterreglement“. Dasselbe „findet auf Reisegepäck, Vieh und Equipagen keine Anwendung“ (§. 1). Der Transport dieser Güter ist behandelt im „Vereinsreglement für die Beförderung von Personen, Reisegepäck, Leichen, Fahrzeugen und lebenden Thieren auf den Bahnen des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen“, d. d. Berlin, 1. März 1865. Im Folgenden citirt als „Vereinspersonenreglement“.

[2]) S. u. §. 3.

[3]) S. Bemerkungen zu Art. 427 §. 3.

[4]) Vereinsgüterreglement §. 3. Der in der Redaction vom Jahr 1865 enthaltene Zusatz (s. o. §. 2) kann bei dem Transport auf der Strecke einer einzelnen Bahn nicht vorkommen (s. u. Bemerkungen zu Art. 427 §. 3). — Nach den Reglements der einzelnen Bahnen und Verbände sind auch bestimmte leicht entzündliche, feuerfangende und explodirende Güter gänzlich ausgeschlossen, so z. B. Thüringer Reglement §. 3 Nr. 1. Ueber die in den Reglements weiter folgende Bestimmung: „Nur bedingungsweise werden zum Transport angenommen: Aether etc. etc.“ s. u. §. 8 a. E. u. Note.

nehmen, welches nach ihrem Ermessen nicht zweckmässig oder gar nicht verpackt ist, ungeachtet seine Natur nach dem Ermessen der Eisenbahn eine Verpackung zum Schutze gegen Verlust oder Beschädigung auf dem Transport erfordert. Dergleichen Gut kann ausnahmsweise befördert werden, wenn der Absender das Fehlen oder den mangelhaften Zustand der Verpackung durch eine mit seiner Unterschrift versehene, auf dem Frachtbriefe zu wiederholende Erklärung anerkennt." **Art. 422.**

Koch[5]) ist der Ansicht, dass „hiernach über die Angemessenheit resp. Unangemessenheit der Verpackung lediglich die dem beanstandenden Expeditionsbeamten vorstehende Bahnverwaltung zu entscheiden habe", bemerkt, dass „selbstverständlich dieselbe auf eingehende Beschwerden der Versender der etwaigen Willkür oder der Laune ihrer Beamten entgegentreten werde", bezweifelt aber, „ob schliesslich eine richterliche Entscheidung darüber zulässig sei, inwiefern in der Beanstandung einer Verpackung eine ungerechtfertigte Zurückweisung des Gutes zu finden sei — —, indem Artikel 422 nicht unter die in Art. 423 als absolut geltenden Bestimmungen aufgenommen worden und daher die weitergehende Bestimmung des §. 2 des Reglements, welche diese Frage ganz der richterlichen Competenz entziehe, nicht alterirt werde."

Diese Begründung beruht ersichtlich auf einem Missverständniss, da Art. 422 Absatz 1 und 3 ebenso unzweifelhaft Prohibitivgesetze sind als Art. 423.

Darin ist den Eisenbahnen, bez. den die Reglements bestätigenden Administrativbehörden völlige Freiheit gelassen, Vorschriften über die Beschaffenheit der Verpackung im Allgemeinen oder für einzelne Arten von Gütern[6]) zu erlassen, nicht aber sind sie berechtigt, die Cognition darüber, ob im einzelnen Fall eine Verpackung erforderlich oder ob eine solche zweckmässig beschaffen, bez. ob den Bestimmungen des Reglements nachgekommen sei, lediglich sich selbst vorzubehalten. Fehlen entsprechende Bestimmungen des Reglements, so sollen nach dem Gesetz die Einrichtungen und die Benutzungsweise der Bahn[7]) die Kriterien dafür abgeben, ob das fragliche Gut zum Transport sich eignet; und wenn im einzelnen Fall der Transport eines Gutes wegen Mangels der Verpackung oder nicht gehöriger Beschaffenheit derselben[8]) zurückgewiesen ist, und der Betheiligte auf Grund des Absatz 4 Schadensersatz

[5]) In Goldschmidt's Zeitschrift Bd. X, S. 63 und Note 4.

[6]) Auch die Jahreszeit des Transports, die Länge des Weges, überhaupt alle möglichen Umstände können dabei in Betracht gezogen werden.

[7]) S. darüber unten §. 5.

[8]) Ganz dasselbe gilt auch, wenn der Transport wegen der natürlichen Beschaffenheit des Guts zurückgewiesen ist.

Art. 422. fordert, so hat der Richter darüber zu erkennen, ob die Verpackung entweder nach den Reglements oder nach den angeführten Kriterien als angemessen erscheint oder nicht [9]).

§. 4. Der Kläger hat zu beweisen, dass die in Nro. 1 aufgestellten Voraussetzungen vorhanden waren. Dieser Beweis mag im einzelnen Falle schwierig sein [10]), und der Richter wird bei Beurtheilung desselben um so strenger sein müssen, als der Klagegrund auf einem die Vertragsfreiheit beschränkenden Privilegium odiosum beruht, und kein Frachtführer einen Frachtvertrag ohne gegründete Ursache zurückweisen wird [11]). Der Richter wird daher auch die Frage in Erwägung zu ziehen haben, ob ein anderes als das angegebene Motiv der Zurückweisung des Transports als vorhanden anzunehmen ist.

§. 5. **Reglements.** Ueber die Bedeutung derselben siehe unten §. 6 und Bemerkungen zu Art. 423 §. 2.

Nach den Einrichtungen und der Benutzungsweise der Bahn. Es kann vorkommen, dass nach der Localbeschaffenheit des Schienenweges der Transport von Gütern von gewissen Dimensionen oder von grossem Gewicht (z. B. Langholz, Maschinen, die grosse Krupp'sche Kanone) unthunlich oder gefährlich ist, oder dass nur der Transport gewisser Waarengattungen, z. B. Kohlen, bei der Einrichtung des Betriebs ins Auge gefasst und daher keine Anstalten zur zweckmässigen Aufbewahrung und Beförderung anderer Güter getroffen sind, oder dass für den Transport gewisser Arten von Gütern es an den zur zweckmässigen Ausführung des Transports erforderlichen besonderen Vorkehrungen (z. B. eigens construirten Waggons) fehlt etc. Ist nun auch in den Reglements der Ausschluss des Transports derartiger Güter nicht angeordnet, so kann doch die Eisenbahn der Anforderung des Einzelnen gegenüber sich auf diese Einrichtung und Benutzungsweise berufen [12]).

[9]) Das bei den Verhandlungen hiergegen von einer Seite geltend gemachte Argument, dass in Folge der von ihr für ungenügend erklärten Verpackung trotz der entgegengesetzten Ansicht von Sachverständigen doch Schaden entstehen könne (Protokolle S. 5042), ist unerheblich, da ein solcher Schaden von der Eisenbahn nicht zu tragen ist. S. Bemerkungen zu Art. 395 §. 7 und 20. — Vergl. jedoch Note 11.

[10]) Am einfachsten ist derselbe durch Bezugnahme darauf zu führen, dass Güter derselben Art in derselben Verpackung in anderen Fällen zum Transport angenommen worden sind, ohne dass ein besonderes Uebereinkommen getroffen und eine nachtheilige Erfahrung gemacht worden ist.

[11]) In Betracht zu ziehen ist auch, dass durch die Beschaffenheit des Guts, sowie durch einen Mangel der Verpackung nicht nur das betreffende Gut selbst, sondern auch andere Güter und die Transportmittel von Schaden bedroht sein können. Durch Cautionsbestellung kann dies Bedenken im einzelnen Fall hinweggeräumt sein.

[12]) Damit ist auch das in den Verhandlungen geltend gemachte Bedenken beseitigt, die Bestimmung des Absatz 1 „werde ein Mittel und die Veranlassung

Zu Nro. 2. Freigestellte Transportbedingungen. Im Allgemeinen haben die Eisenbahnen Vertragsfreiheit, wie jeder andere Frachtführer. Nur soweit die Art. 422 und 423 reichen, ist dieselbe beschränkt. Dass über die Höhe der Fracht beliebige Verabredungen getroffen werden können, wird im vorliegenden Satz ausdrücklich anerkannt. **Art. 422. §. 6.**

Den allgemein geltenden Anordnungen. Dieselben werden in den Betriebsreglements, Tarifen, Fahrplänen bekannt gemacht. Sie unterliegen bei Privatbahnen meist der durch ein allgemeines Gesetz oder durch allgemeine Verwaltungsvorschriften oder in besonderen Concessionsurkunden vorgeschriebenen und vorbehaltenen Genehmigung der Staatsverwaltung [13]). Aber auch wenn und soweit diese nicht erforderlich ist, binden die allgemein erlassenen Anordnungen die Eisenbahnverwaltung in der Art, dass sie vor Zurücknahme derselben den einzelnen auf Grund derselben offerirten Transportvertrag nicht zurückweisen oder andere Bedingungen proponiren können.

Zu Nro. 3. Transportmittel ist zunächst auf die Wagen und Locomotiven zu beziehen. Es können aber auch Fälle eintreten, in welchen die zur Beförderung gewisser Güter erforderlichen Vorrichtungen (Werkzeuge zum Aufladen, zum Wägen, Bedeckungsmaterial etc.) nicht in genügender Menge vorhanden sind, ohne dass daraus der Eisenbahn ein Vorwurf gemacht werden kann. Das Nämliche kann hinsichtlich des zur Expedition, Beförderung und Ueberwachung erforderlichen Personals der Fall sein. §. 7.

Der Mangel genügender Transportmittel kann nur ein zeitweiliges Verweigern des Transports rechtfertigen.

Man könnte geneigt sein, im ersten Absatz eine Begrenzung des Gebietes, für welches die Bestimmungen des zweiten Abschnittes dieses Titels erlassen sein sollen, zu finden, indem man folgendermassen argumentirte. Ist eine Eisenbahn unter gewissen Voraussetzungen befugt, die Eingehung von Frachtverträgen zu verweigern, so muss, wenn sie trotzdem, dass diese Voraussetzungen vorliegen, dieselben dennoch eingeht, es ihr freistehen, auch hinsichtlich ihrer Haftung für Beschädigung und Verlust beliebige Vertragsbestimmungen festzustellen, insbesondere §. 8.

sein zu Chicanen des Publicums gegen die Eisenbahnverwaltungen. Zum Transport der ungehörigsten Dinge würde das Publicum die letzteren auf Grund dieser Bestimmung zwingen können, wenn dieselben es versäumten, in ihren Reglements, statt wie bisher nur diejenigen Waaren zu verzeichnen, deren Transport sie ausgeschlossen wissen wollten, zu erklären, dass sie nur die im Tarif genannten Güter zu transportiren bereit seien, um desto sicherer alles Ungehörige auszuschliessen". Protokolle S. 5041.

[13]) Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. IV, S. 588 f.

Art. 422. also diese Haftung auch ganz auszuschliessen. In der Befugniss, den Transport gänzlich zu verweigern, als dem Majus, liege gleichsam das Minus der Aufstellung beliebiger Transportbedingungen.

Allein so bestechend diese Argumentation auf den ersten Blick erscheinen mag, ist sie doch unhaltbar.

Was nämlich zunächst die Bestimmung unter Nro. 1 betrifft, so bestimmt das Gesetz nicht etwa, dass in Bezug auf gewisse einzelne Kategorien von Gütern der Eisenbahn die sonst beschränkte Vertragsfreiheit vorbehalten bleiben solle, sondern es wird die Eisenbahn gegen einen Missbrauch des dem Publicum eingeräumten Rechtes, sie zur Eingehung von Frachtverträgen zu zwingen, insofern geschützt, als sie nicht gezwungen werden kann, Güter, welche sich zum Transport nicht eignen, zu übernehmen; findet sich nun aber eine Eisenbahn veranlasst, im einzelnen Fall ein Gut, welches nach den Reglements oder den angegebenen Kriterien unter diese Kategorie fallen würde, trotzdem zum Transport zu übernehmen, so verzichtet sie damit auf das ihr zustehende Recht, diese Eigenschaft des Guts geltend zu machen. Der abgeschlossene Vertrag ist aber nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen, wie jeder andere Frachtvertrag. Fällt das Gut unter die in Art. 424, Nro. 2, 4, 5, 6 aufgeführten Güter, so kann auch von den daselbst nachgelassenen Beschränkungen der Haftbarkeit Gebrauch gemacht werden; der Verabredung einer weiteren Beschränkung oder einer völligen Ausschliessung der Haftbarkeit aber steht Art. 423 entgegen.

Ganz dasselbe gilt in Betreff der unter Nro. 2 und 3 unseres Absatzes enthaltenen Bestimmungen. Auch diese haben lediglich die Bedeutung, die Verpflichtung der Eisenbahn zur Transportübernahme auf ein vernünftiges Mass zu beschränken. Räumt aber eine Eisenbahn im einzelnen Fall dem Absender von den gewöhnlichen Transportbedingungen abweichende ein, oder übernimmt sie, trotzdem dass die regelmässigen Transportmittel zur Ausführung des beantragten Transports nicht genügen, denselben dennoch und ermöglicht sie die Ausführung desselben durch Ergreifung ausserordentlicher Massregeln, so ist der abgeschlossene Frachtvertrag wie jeder andere Frachtvertrag zu beurtheilen. Fallen die verabredeten Beschränkungen der Haftbarkeit unter Nro. 1 und 4 des Art. 424, so sind sie rechtswirksam, anderenfalls nicht.

Daraus folgt, dass wenn in den Reglements erklärt wird, „gewisse Güter werden nur bedingungsweise zum Transport angenommen“ [14]),

[14]) Im Thüringer und anderen Reglements §. 3 Nro. 2 bezieht sich diese Bestimmung auf unter neun Rubriken aufgezählte Güter. In den beigefügten Bemerkungen sind für die Nummern 1 bis 8 Bestimmungen über die besondere

daraus nicht die Befugniss der Eisenbahn abgeleitet werden kann, auch solche Vertragsbedingungen zu verabreden, welche den Art. 422 ff. zuwiderlaufen. Art. 422.

Die Bestimmung des ersten Absatzes ist nicht nur gegen die Verweigerung der nachgesuchten Eingehung eines Frachtgeschäftes überhaupt gerichtet, sondern auch gegen die Verweigerung der Eingehung des Vertrags unter den beantragten Modalitäten, vorausgesetzt, dass diese in den Reglements vorgesehen oder auch ohnedies üblich sind und im einzelnen Fall die Voraussetzungen der Nro. 1, 2, 3 vorliegen. Es kann z. B. vorkommen, dass ein Gut durch die Reglements von der Beförderung als Eilgut [15]) oder in geschlossenen oder in unbedeckten Wagen ausgeschlossen ist, bez. nach den Einrichtungen und der Benutzungsweise der Bahn sich nicht dazu eignet. Ebenso kann es vorkommen, dass die für die verlangte Transportart geeigneten Transportmittel, z. B. bedeckte Wagen, zeitweilig nicht disponibel sind, während solche für andere Transportarten bestimmte, z. B. unbedeckte Wagen, vorhanden sind und die Beförderung mit diesen von der Eisenbahn freigestellt wird. Verweigert in diesen Fällen die Eisenbahn den Abschluss eines Frachtgeschäfts in der beantragten Weise, so erscheint diese Weigerung nicht als eine rechtswidrige. Ganz dasselbe gilt von der Reglementbestimmung, dass unter gewissen Voraussetzungen das Auf- und Abladen durch den Absender und Empfänger vorzunehmen sei (Art. 424 Nro. 3). §. 9.

Absatz 3. In erster Lesung wurde zu dem dem Art. 394 des Gesetzbuches entsprechenden Art. 309 Abs. 1 des preussischen Entwurfs der Zusatz beantragt: „Jedenfalls hat der Frachtführer unter gleichen Umständen den Transport thunlichst nach der Reihenfolge der Anmeldung der Frachtstücke zu bewirken.“ Es wurde dabei besonders hervorgehoben, diese Bestimmung „möge für kleine Frachtführer weniger Werth haben, desto mehr Werth habe dieselbe aber für die in Art. 326 (Art. §. 10.

Art der Verpackung aufgestellt und ist bestimmt, dass dieselben zum Transport nur angenommen werden, wenn ihnen besondere, andere Gegenstände nicht umfassende Frachtbriefe beigegeben sind. Für Nro. 1 bis 7 ist besonders bestimmt, dass darunter gehörige Güter, nur wenn sie in einem gewissen Minimalbetrag (40 Centner) aufgegeben oder für einen solchen Fracht bezahlt wird, an jedem Tag befördert werden, während kleinere Quantitäten nur an bestimmten Monatstagen expedirt werden. Unter die unter Nro. 9 verzeichneten Güter (Gold- und Silberbarren, Platina, Perlen, Pretiosen und Kunstgegenstände) wird der Abschluss einer besonderen Vereinbarung mit der Verwaltung vorbehalten.

[15]) Thüringer Reglement §. 3 Nro. 5: „Güter und Sendungen von solchem Umfang und Gewicht, dass ihre Ein- und Ausladung mit besonderen Schwierigkeiten und Zeitaufwand verbunden ist, Güter ferner, welche nach der Entscheidung der Aufgabestation mit anderen nicht zusammengeladen werden können, werden zur Beförderung als Eilgut ausnahmsweise nur dann zugelassen, wenn nach dem Ermessen der Verwaltung deren Transport als solcher ausführbar ist.“

Art. 422. 421 des Gesetzbuches) erwähnten Frachtführer, namentlich für Eisenbahnen, über die mitunter gerade in dieser Beziehung gegründete Beschwerden erhoben worden seien; auch die Verschiedenheit der Statuten der Eisenbahnen lasse es in hohem Grade wünschenswerth erscheinen, dass über die Reihenfolge der Güterbeförderung allgemein gültige Bestimmungen getroffen würden." Gegen diesen Antrag wurde vorgebracht, der Zweck desselben werde nur dann erreicht, wenn derselbe als Prohibitivgesetz aufgestellt würde, dazu aber „scheine kein ausreichender Grund vorhanden zu sein. Bei Eisenbahnen etc. werde übrigens auch eine Beschwerdeführung am geeigneten Orte erfolgreicher sein, als ein Process wegen verzögerter Erfüllung". Der Antrag wurde angenommen und in zweiter Lesung nicht bekämpft. Protok. S. 786 bis 788. 1228.

Die Eisenbahnverwaltungen erklärten jedoch diese Bestimmung für „ebenso unausführbar als gefährlich für das Publicum". „Einzelne Colli seien wohl noch von jeder Verwaltung unter allen Umständen prompt befördert worden, und es würde ausserordentliche Unzuträglichkeiten mit sich bringen, wenn man im Fall, dass grosse Conjuncturen einzelne Artikel in nicht zu bewältigender Masse auf die Bahn brächten, so dass vielleicht eine vorherige vierzehntägige Anmeldung erforderlich werde, deshalb den ganzen gewöhnlichen Verkehr derselben Verzögerung unterwerfen wollte. Diejenigen grossen Speculanten, welche die erste Ahnung von einer bevorstehenden Stockung hätten, oder durch Eisenbahnbeamte darauf aufmerksam gemacht würden, würden dann durch enorme Anmeldungen die ganze Transportanstalt für sich in Anspruch nehmen. Die Bahnverwaltung sei nicht einmal in der Lage, so bindende Frachtverträge zu schliessen, dass der Anmeldende auch verpflichtet wäre zu bringen, was er versprochen. Oft sei er aber dazu im Stande und er würde sich durch eine solche gesetzliche Bestimmung in den Stand gesetzt sehen, seine Speculation mit Beseitigung aller seiner Concurrenten zu realisiren, oder, von einem anderen Gesichtspunkte aus betrachtet, das Gesetz würde den Eisenbahnverwaltungen und deren Beamten das Recht geben, einen Speculanten vor allen anderen zu bevorzugen" [16]). Ferner sei die

[16]) Bei den Verhandlungen dritter Lesung wurde in dieser Beziehung noch weiter bemerkt: „die Bestimmung biete erfahrungsgemäss die Möglichkeit dazu, dass ein Speculant unter entsprechenden Zeitumständen eine grosse Quantität einer Waare zum Transport bei der Eisenbahn anmelde, die Anmeldescheine in Empfang nehme und, da nunmehr ausser ihm Niemand mehr auf eine rechtzeitige Beförderung seiner Güter rechnen könne, diese Anmeldescheine mit Vortheil an der Börse verkaufe und dadurch den Gütertransport zum Nachtheil des Publicums förmlich besteuere. Oder wenn keine Anmeldescheine ausgegeben würden, könne ein Spediteur deshalb in ähnlicher Weise verfahren, um dadurch das Publicum indirect zu nöthigen, dass es seine Güter durch ihn spediren lasse, wie dies z. B. schon bei Dampfschifffahrtsunternehmungen vorgekommen sei". Protokolle S. 4680.

Bahn dadurch ausser Stand gesetzt, einzelne Artikel zu ermässigten Tarifsätzen zu befördern und dadurch dem allgemeinen Besten zu dienen („ungeachtet der Eisenbahnen würden hungernde Gegenden vergeblich nach billigem Brot rufen"). Für die Unausführbarkeit wurden folgende Gründe angeführt: **Art. 422.**

„Die Eisenbahnverwaltung hat die ihr zu Gebote stehenden Betriebsmittel für alle ihre Stationen zu verwenden, sie darf so wenig einen Versender vor dem anderen, als eine Station vor der anderen bevorzugen, und es ist für eine grosse Verwaltung ganz unausführbar, ihre Wagen nach der Reihenfolge der Anmeldungen auf sämmtlichen Stationen dahin zu dirigiren, wo das hiernach zu regulirende Bedürfniss es erheischte. Ganz besondere Schwierigkeiten würden aber die im directen Verkehr von einer Bahn auf die andere ohne die zum Weitertransport erforderlichen Betriebsmittel übergehenden Güter verursachen, deren Reihenfolge sich mit derjenigen solcher Güter, welche auf der Uebergangsstation zum Transport angemeldet sind, gar nicht regeln lassen würde. Liesse man sie liegen, bis die dahin angemeldeten Güter befördert sind, so würden die Lieferfristen verstreichen und es würden um so grössere Handelsverluste entstehen, je länger dieselben Güter schon auf die Verladung nach der Reihenfolge der Anmeldungen bei der Aufgabestation hätten warten müssen. Man würde nicht wissen, wo solche Güter zu lagern wären und dieselben Unzuträglichkeiten könnten sich auf jeder folgenden Uebergangsstation wiederholen. Wollte man dagegen den von anderen Verwaltungen überwiesenen Gütern ein unbedingtes Vorzugsrecht vor den Localgütern einräumen, so würde, z. B. wenn sich Getreidebedarf in Schlesien, am Rhein oder in Süddeutschland zeigte, der Stettiner Versender unbedingt im Vortheil gegen den Berliner stehen. Zwar scheinen die Worte „unter gleichen Umständen" und „so viel als möglich" einen weiten Spielraum zu lassen; als Empfehlung würde die so gefasste Bestimmung auch harmlos sein, als Gesetz aber eröffnet sie gerade bei der Dehnbarkeit dieser Clauseln um so mehr eine reiche Quelle von Streitigkeiten, zu deren Entscheidung kein Handelsgericht genügende Kenntniss von den Verlegenheiten des Eisenbahnbetriebes und den Auskunftsmitteln hat, zu welchen die Verwaltungen greifen müssen. Diesen Streitigkeiten und schiefen Beurtheilungen würden die Eisenbahnverwaltungen bequem aus dem Wege gehen, indem sie ihre Betriebsmittel ausschliesslich für den Localverkehr ihrer Bahn verwendeten und den weiterliegenden Verwaltungen das Gut ohne Wagen übergäben. Der Localverkehr ist bei allen solchen, nur bei ausserordentlichen Handelsconjuncturen im grossen durchgehenden Verkehr eingetretenen, Verlegenheiten noch immer leid-

Art. 422. lich zu bewältigen gewesen; gerade der durchgehende grosse Handelsverkehr, den das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch vorzugsweise im Auge haben wird, würde dadurch gehemmt und zeitweise unmöglich gemacht werden, dass die Bahnverwaltungen gezwungen würden, um Processen zu entgehen, die Güter mitten auf dem Transporte liegen zu lassen. Statt der jetzigen grossen Bereitwilligkeit der meisten Verwaltungen, sich zur Aufrechterhaltung dieses durchgehenden Verkehrs gegenseitig mit Betriebsmitteln zu unterstützen, wobei sich dennoch jeder bisher durchgeholfen hat, und die nöthigen Waaren, namentlich Getreide und andere Lebensbedürfnisse zur rechten Zeit in die Mangel fühlenden Gegenden geschafft sind, würde die nahe liegende Sorge vor Regressen den Verkehr hemmen und statt dass es bisher noch immer den Verwaltungen gelungen ist, den Anforderungen des Handelsstandes im Wesentlichen zu genügen, würden schwere Handelsverluste die Folge jeder soweit getriebenen gesetzlichen Fürsorge für den Handelsstand sein" [17]).

Wegen dieser freilich nur zum Theil gerechtfertigten, zum Theil auf einer irrigen Auffassung beruhenden Bedenken wurde in dritter Lesung die Streichung der fraglichen Bestimmung (Art. 370 Abs. 2 des Entwurfs zweiter Lesung) beschlossen [18]), und der derselben zu Grunde liegende Satz, dass der Transport nicht rechtswidrig verzögert werden dürfe [19]), mit besonderer Bezugnahme auf die Verhältnisse der Eisenbahnen in der vorliegenden Weise formulirt [20]).

§. 11. Zur Rechtfertigung des hierauf gestellten Antrages war bemerkt worden: „dass ein Bedürfniss für die Aufnahme einer solchen Bestimmung vorhanden sei, gehe schon zur Genüge aus den früheren Verhandlungen über Art. 370 Abs. 2 hervor, und sei von den kaufmännischen Mitgliedern der Conferenz bestätigt worden, auch sonst hinreichend bekannt, indem z. B. erfahrungsmässig nicht selten bei grossen Märkten, drohenden Aenderungen der Conjunctur und dergl. der eine Absender durch die Bediensteten der Eisenbahn vor dem anderen begünstigt werde. Es komme übrigens gar nicht darauf an, obschon jetzt solche Begünstigun-

[17]) Denkschrift einer Commission des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen zum Titel V. des Entwurfs einer A. D. H. G. B. lautend: „Von dem Frachtgeschäft." dd. Leipzig, 12. December 1859. S. 6, 7, 8.

[18]) Protokolle S. 4680 bis 4683.

[19]) Durch die Streichung des erwähnten Abs. 2 ist den übrigen Frachtführern nicht etwa die Befugniss gegeben, einen Absender vor dem anderen zu begünstigen. Sobald darin eine Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers bez. des Art. 394 Abs. 1 liegt, sind sie ebenfalls schadensersatzpflichtig.

[20]) Darüber, dass die Bestimmung aber auch noch eine selbständige Bedeutung hat, s. u. §. 17.

gen häufiger vorgekommen, sondern es genüge, dass dieselben leicht möglich seien und, wenn sie einmal häufiger vorkämen, die grossartigsten Interessen dadurch gefährdet erschienen. Die Administrativgewalt der Staatsregierungen reiche nicht hin, etwaigen Benachtheiligungen einzelner Absender abzuhelfen; denn wenn es einmal versäumt sei, in den Concessionsurkunden geeignete Bestimmungen hierüber aufzustellen, werde es nicht so leicht gelingen, sie nachträglich in Folge einzelner Vorkommnisse durchzusetzen, abgesehen davon, dass z. B. die Androhung der Concessionsentziehung für den Fall nochmaliger widerrechtlicher Begünstigung eines Absenders vor dem anderen etc. dem Betroffenen nicht zum Ersatz des bereits erlittenen Schadens verhelfe.“ Protokolle S. 5038 f. **Art. 422.**

Durch die Fassung der Bestimmung, insbesondere durch die Bezugnahme auf die **Einrichtungen der Bahn** ist dem oben (§. 10) erwähnten Bedenken der Eisenbahnverwaltungen vorgebeugt. Die Aufstellung allgemeiner Normen über das Verhältniss der Beförderung der durchgehenden Güter zu den neu aufgelieferten, der Eilgüter zu den gewöhnlichen Frachtgütern, der Einrichtung für gewisse Arten von Waaren (Kohlenzüge, Feuerzüge) u. s. w. bleibt im Allgemeinen dem Ermessen der Bahnen vorbehalten, der Artikel bezieht sich wesentlich auf die Anwendung dieser Normen im einzelnen Fall. Damit ist aber freilich eine Berufung auf den Artikel dann nicht ausgeschlossen, wenn die eine oder andere als allgemeine Bestimmung sich darstellende Anordnung in der That sich als eine ungerechtfertigte Begünstigung Einzelner sich ergiebt. §. 12.

In den Transportverhältnissen. Nicht als Begünstigung eines Absenders erscheint es z. B., wenn eine kleinere Quantität oder in kleinere Colli verpackte Güter vor anderen versandt werden, weil für jene, nicht aber für diese die Möglichkeit der Unterbringung in den Wagen neben früher aufgelieferten Gütern vorlag. §. 13.

Im öffentlichen Interesse. Nicht nur das unmittelbare Staatsinteresse, z. B. in Betreff des Transports von Kriegsmaterial, ist darunter verstanden; ebenso wenig ausserordentliche Fälle, wie Hungersnoth oder grosse Theuerung. Es kann auch durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt erscheinen, dass wenn von einem Absender Güter in solchen Quantitäten zum Transport übergeben werden, dass durch denselben alle Transportmittel der Bahn für einige Zeit in Anspruch genommen sein würden, dazwischen andere, wenn auch später aufgelieferte Güter expedirt werden. §. 14.

Zunächst ist zwar der Absatz von dem Fall zu verstehen, dass Frachtverträge schon abgeschlossen sind, allein er ist auch auf das Verhältniss der Annahme der Anmeldungen von Gütern §. 15.

Art. 422. (der Anträge durch Abschluss von Frachtverträgen) zu beziehen. Aus Absatz 1 folgt, dass auch hier im Allgemeinen an der Regel, dass die Priorität der Anmeldung entscheide, festzuhalten ist; allein auch hier kommen die Momente: Einrichtung der Bahn, Transportverhältnisse, öffentliches Interesse, in Betracht. So erscheint es in letzter Beziehung namentlich gerechtfertigt, wenn bei Anmeldung grosser Quantitäten von Gütern in Betreff der Expedition solche Vorbehalte gemacht werden, dass später angemeldete Güter nicht gänzlich zurückgewiesen werden müssen. Insbesondere wird dies der Fall sein, wenn die Anmeldung von Gütern, z. B. zum Transport nach Messplätzen, vorauszusehen ist [21]).

§. 16. **Absatz 4.** Die Geltendmachung des einem Absender in Folge der Begünstigung eines anderen vor ihm (Absatz 3) entstandenen Schadens lässt sich in zweifacher Weise auffassen. Der Absender kann sich darauf berufen, dass die Eisenbahn seine Offerte zurückgewiesen oder erst später acceptirt, oder den Vertrag erst später ausgeführt hat und dass in Folge davon das Gut nicht befördert wurde oder erst später ankam, als es bei früherem Abschluss des Frachtvertrages oder bei früherer Ausführung desselben angekommen sein würde. Wird bei dieser Begründung der Klage angeführt, dass mit einem Anderen ein Frachtvertrag

[21]) Das englische Recht enthält in der Railway and Canal Traffic Act 1854 (s. Bemerkungen zu Art. 423 Note 3) über die in diesem Artikel behandelten Punkte folgende Bestimmung: „Every Railway Company, Canal Company, and Railway and Canal Company, shall, according to their respective Powers, afford all reasonable Facilities for the receiving and forwarding and delivering of Traffic upon and from the several Railways and Canals belonging to or worked by such Companies respectively, and for the Return of Carriages, Trucks, Boats and other Vehicles, and no such Company shall make or give any undue or unreasonable Preference or Advantage to or in favour of any particular Person or Company, or any particular Description of Traffic, in any respect whatsoever, nor shall any such Company subject any particular Person or Company, or any particular Description of Traffic, to any undue or unreasonable Prejudice or Disadvantage in any respect whatsoever; and every Railway Company and Canal Company and Railway and Canal Company having or working Railways or Canals which form Part of a continuous Line of Railway or Canal or Railway and Canal Communication, or which have the Terminus, Station, or Wharf of the one near the Terminus, Station, or Wharf of the other, shall afford all due and reasonable Facilities for receiving and forwarding all the Traffic arriving by one of such Railways or Canals by the other, without any unreasonable Delay, and without any such Preference or Advantage, or Prejudice or Disadvantage, as aforesaid, and so that no Obstruction may be offered to the Public desirous of using such Railways or Canals or Railways and Canals as a continuous Line of Communication, and so that all reasonable Accomodation may, by means of the Railways and Canals of the several Companies, be at all Times afforded to the public in that Behalf.“

Bei Zuwiderhandlung gegen diese Bestimmungen kann das angegangene Gericht der Eisenbahnverwaltung die Fortsetzung des eingeschlagenen Verfahrens bei einer Geldstrafe bis zu 200 Pfund für jeden Tag, die dem Verletzten zuerkannt werden kann, untersagen (Section III.).

abgeschlossen oder früher abgeschlossen, oder dass dessen Gut früher expedirt worden sei, so bilden diese Momente nicht den Klagegrund, sondern sie dienen nur zur Begründung des Umstandes, dass kein die Weigerung der Eisenbahn rechtfertigender Grund vorgelegen, oder zur Widerlegung des etwaigen Vorbringens der Eisenbahn, dass sie mit der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers verfahren sei u. s. w. (anticipirte Replik). Der Kläger wird daher in den Fällen, in welchen der Vertrag abgeschlossen war, anführen müssen, dass das Gut nicht innerhalb der Lieferungszeit, bez. dass es später angekommen sei, als es bei rechtzeitigem Abschluss nach der reglementsmässigen Lieferungszeit hätte ankommen müssen. Bei nicht erfolgtem Abschluss wird er darthun müssen, dass er das Gut nicht in anderer geeigneter Weise zur betreffenden Zeit an den Bestimmungsort habe gelangen lassen können, bez. er wird sich die entsprechende Einrede gefallen lassen müssen. Ist die Voraussetzung der Schadensklage auf diese Weise begründet, so kann zur Bestimmung des Umfangs des Schadens der Umstand, dass das vom anderen Absender aufgegebene Gut früher am Bestimmungsort angekommen ist, mithin auch früher auf den Markt gebracht werden konnte und dass Kläger dadurch im Absatz oder im vortheilhaften Absatz seines Guts benachtheiligt worden ist, in tantum allerdings ebenfalls geltend gemacht werden. Art. 422.

Aus Absatz 3 und 4 dürfte aber die Möglichkeit noch eines weiteren Schadensanspruchs hergeleitet werden können. Das Verbot der Begünstigung eines Absenders vor dem anderen wird als eine selbständige Bestimmung aufgestellt und dem Zuwiderhandelnden die Verpflichtung zum Schadensersatz aufgelegt. Daraus ergiebt sich, dass auch dann, wenn die Eisenbahn, abgesehen von dieser Begünstigung, den Absender nicht beschädigt hat, sie doch eben wegen der Zuwiderhandlung gegen das Verbot des Absatz 3 haften soll. Hat also die Eisenbahn zwar innerhalb der vertragsmässigen Lieferungszeit oder innerhalb derjenigen, welche bei rechtzeitigem Abschluss des Vertrages massgebend gewesen wäre, in der That geliefert, so kann sie doch in Anspruch genommen werden, wenn z. B. dadurch, dass der von ihr begünstigte andere Absender, welcher als Concurrent des Klägers seine Waare früher auf den Markt gebracht hat, der Kläger benachtheiligt worden ist. §. 17.

Der Grund dieser an sich gewiss auffälligen Bestimmung liegt in der besonderen Stellung der Eisenbahnen. Zwar steht denselben kein Transportmonopol zu und ist es nur ihre thatsächliche Ueberlegenheit über andere Frachtführer, durch welche sie die Möglichkeit der Concurrenz derselben ausschliessen und den Transportverkehr nach bestimmten Richtungen hin in ihren Händen concentriren. Allein ihre Entstehung

Art. 422. und ihr Fortbestand ist durch Privilegien bedingt und diese sind ihnen nicht ihretwegen, sondern im öffentlichen Interesse gewährt. Dadurch aber ist es gerechtfertigt, dass sie gehalten werden, ihren Betrieb nicht in einer dem allgemeinen Interesse zuwiderlaufenden Richtung auszuüben.

Art. 423.

Art. 423. Die in Art. 422 bezeichneten Eisenbahnen sind nicht befugt, die Anwendung der in den Art. 395. 396. 397. 400. 401. 408 enthaltenen Bestimmungen über die Verpflichtung des Frachtführers zum Schadensersatz, sei es in Bezug auf den Eintritt, den Umfang oder die Dauer der Verpflichtung oder in Bezug auf die Beweislast, zu ihrem Vortheil durch Verträge (mittelst Reglements oder durch besondere Uebereinkunft) im Voraus auszuschliessen oder zu beschränken, ausser, soweit solches durch die nachfolgenden Artikel zugelassen ist.

Vertragsbestimmungen, welche dieser Vorschrift entgegenstehen, haben keine rechtliche Wirkung.

Entwurf I. Lesung Art. 339. — Entwurf II. Lesung Art. 376.
Protokolle S. 827 bis 830. — 1230 f.
Monita 449. 450. (Art. 394) 451. 452. (Art. 395) 453. 454. (Nro. 4). Protok. S. 4698. (Nro. I) 4778 f. 4786. 5108. 5120.

§. 1. Ueber die in der ersten Lesung für alle Frachtführer, in zweiter Lesung für die grösseren Transportanstalten beschlossene Aufhebung der Befugniss ihre Haftpflicht vertragsmässig zu beschränken, siehe Vorbemerkung zu diesem Abschnitt.

§. 2. **Reglements.** „Die Reglements sind keine Gesetze, keine Verträge, nicht einmal Vertragspropositionen in dem Sinne, dass durch ihre Annahme ein perfecter Vertrag entsteht. Vielmehr erklärt in ihnen die Verwaltung nur, unter welchen Bedingungen sie in Zukunft Transportverträge schliessen wolle, was lex contractus sein solle, falls ein Vertrag zu Stande kommt. Die Aufstellung und Veröffentlichung solcher Reglements hat nur die Bedeutung der Ankündigung von Waaren oder Büchern, der Versendung von Preislisten [1]), Versicherungsprospecten, der Auffor-

[1]) S. o. Bemerkungen zu Art. 373.

derung zum Zeichnen von Actien und dergleichen mehr — nur mit dem Unterschiede, dass durch dieselbe gegen die Verwaltung eine öffentlich rechtliche und unter Umständen sogar privatrechtlich erzwingbare Verpflichtung zum Vertragsabschluss unter den proponirten Bedingungen, bez. zum Schadensersatz, begründet wird. Die wirkliche Vertragsproposition (Offerte) hat erst vom Transportaten auszugehen, und erst durch Annahme derselben von Seiten der Verwaltung bez. der dazu bestellten Beamten kommt der Vertrag zu Stande“ [2]). **Art. 423.**

Mittelst Reglements, d. h. durch einen Vertrag, welcher auf Grund von Reglements abgeschlossen ist, im Gegensatz zu einer **besonderen Uebereinkunft**, d. h. einer solchen, welche einen von den Reglements abweichenden Inhalt hat oder in denselben nicht aufgenommene Bestimmungen enthält. Beide Arten von Verträgen haben an sich gleiche Bedeutung und das Gesetz behandelt sie auch völlig gleich [3]).

Die von der Redactions-Commission proponirte Aufnahme der jetzt in Parenthese stehenden Worte wurde beanstandet, weil dieselben zu der Meinung Anlass gäben, als sollten alle Bestimmungen der Reglements, sobald den Eisenbahnen ein Transport angetragen und von denselben übernommen worden, unter allen Umständen als vertragsmässige Stipulationen zwischen der Eisenbahnverwaltung und dem betreffenden Absender angesehen werden. Es wurde jedoch hierauf erwidert: durch Aufnahme der fraglichen Worte habe keineswegs dasjenige ausgedrückt werden sollen, was aus denselben gefolgert werde. Die Frage, ob und wann auf Grund des Umstandes, dass die Eisenbahnen in ihren Reglements sich nur unter gewissen Bedingungen zum Transport von Gütern erböten, eine vertragsmässige Uebereinkunft rücksichtlich der Reglementsbestimmungen anzunehmen sei, solle in diesem Artikel nicht entschieden

[2]) Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. IV. S. 594.

[3]) Nach der englischen Gesetzgebung (11 George IV. and 1 William IV. c. 68 an Act for the more effectual Protection of Mail Contractors etc. 1830. 17 and 18 Vict. c. 31. Railway and Canal Traffic Act. 1854. Abgedruckt in Smith compendium of mercantile law. 6 ed. Appendix p. XXIV, CXXV) wird zwischen Verträgen, welche auf Grund von allgemeinen Erklärungen der Eisenbahnen und anderer Frachtführer (notice, condition, declaration, public notice or declaration) abgeschlossenen Verträgen und besonderen Verträgen (special contracts) unterschieden. Ob diese Unterscheidung auch die Bedeutung hat, dass die vom angeführten zweiten Gesetz gemachte Beschränkung der Gültigkeit der Modification der Haftpflicht der Eisenbahnen etc. auf „gerechte und vernünftige“ (just and reasonable) Verabredungen (s. u. Note 4) sich nur auf die erstere Art der Verträge oder auch auf die zweite bezieht, ist unter den englischen Juristen streitig (Smith cit. p. 295 f.). Das erstere Gesetz scheint mir in Section VI. das erstere Princip unzweifelhaft anzuerkennen.

In dem abgelehnten württembergischen Antrag Art. 401 (s. u. §. 3) war ebenfalls ein derartiger Unterschied gemacht.

Art. 423. werden. Es handle sich nur darum, anzudeuten, dass ein solcher Vertrag unter den gewöhnlichen Umständen und regelmässig sich werde annehmen lassen, wodurch das Gegentheil für gewisse Fälle nicht ausgeschlossen sei, z. B. wenn eine Aenderung im Betriebsreglement noch nicht gehörig bekannt gemacht gewesen sei. Um diese Absicht deutlicher auszudrücken, seien die Worte: „mittelst Reglements“ gebraucht und werde vorgeschlagen, die fraglichen Worte in Klammern zu setzen. Dieser Antrag wurde angenommen. Protok. S. 5108.

Ueber die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Reglementsbestimmung als lex contractus anzunehmen ist, siehe Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. IV, S. 594 ff.

§. 3. **Ausser, soweit solches durch die nachfolgenden Artikel zugelassen ist.** In dem württembergischen Antrag fand sich unter Art. 401 noch die weitere Ausnahme:

„Wenn die Eisenbahnverwaltungen unter aussergewöhnlichen Verhältnissen auch in anderen Fällen als den unter den Art. 396 bis 400 b. begriffenen Fällen ihre gesetzliche Haftpflicht beschränken zu müssen glauben, so kann dies nur in der Weise geschehen, dass der Abschluss dieser Verträge nicht auf der Unterwerfung des Absenders unter die allgemeine Transportordnung, sondern auf besonderer Verabredung beruht.“ (Protok. S. 4702.)

Der Antrag wurde namentlich damit motivirt, dass „es ausserordentliche Fälle gebe, bei denen die sonst den Eisenbahnen statuirten Befugnisse zur Beschränkung der gesetzlichen Haftbarkeit weder in ihrem eigenen Interesse, noch im Interesse des mit ihnen verkehrenden Publicums zureichen würden. Man möge nur den Fall setzen, dass in einem Lande eine grosse Getreidetheuerung sei, und beträchtliche Massen von Getreide von allen Seiten herbeiströmten, so dass die Bahnverwaltungen weder Räume genug für dessen Aufbewahrung, noch Wagen und Personal genug für dessen rechtzeitige Fortschaffung in regelrechter Weise haben könnten, oder dass in einem Kriegsfall die Eisenbahn fast ausschliessend mit dem Transport von Truppen oder Munition beschäftigt sei. In solchen Fällen würden die Eisenbahnverwaltungen, wenn sie die gesetzliche Haftpflicht des Frachtführers nicht weiter beschränken dürften, als ihnen im Entwurf gestattet sei, zwar vielleicht für ihr eigenes Interesse durch Ablehnung der ihnen angebotenen Transporte sorgen können, würden aber damit dem Publicum grossen Schaden zufügen, indem manchem viel daran gelegen sein könne, dass sein Gut unverweilt mit fortgeschafft werde, wenn er auch die Gefahr des Verlusts oder der Beschädigung allein tragen müsse, statt dass es vorläufig ganz zurückbleibe“. Gegen diesen

Antrag wurde jedoch bemerkt, durch Annahme desselben hebe man das angenommene Princip wieder auf. „Denn es werde leicht gelingen darzuthun, dass in diesem und jenem Fall, den man bei Art. 401 eigentlich nicht im Auge gehabt habe, ausserordentliche Verhältnisse obgewaltet hätten. Ausserordentliche Umstände seien z. B. auch schon dann vorhanden, wenn die Bahnverwaltung gerade wenig Wagen zur Verfügung habe. Für eine solche Bestimmung sei auch gar kein Bedürfniss vorhanden, da sich andere Mittel in hinreichender Anzahl finden würden, um allen Interessen zu genügen. Die Bahnverwaltungen könnten z. B. schon dadurch ihrem Interesse wie demjenigen des Publicums genügen, dass sie erklärten, sie nähmen unter so ausserordentlichen Verhältnissen nur dann Güter zum Transport an, wenn sie begleitet würden." Der Antrag wurde abgelehnt. Protok. S. 5029 f. Anknüpfend an das letzte gegen den Antrag vorgebrachte Argument ist zu bemerken, dass wohl ziemlich in allen Fällen durch die einen oder die anderen der in Art. 424 für die verschiedenen Transportmodalitäten nachgelassenen Verabredungen das Interesse des Publicums sowohl wie der Eisenbahnen gewahrt werden kann. **Art. 423.**

Ein am Schluss der Verhandlungen gestellter Antrag: „den einzelnen Staatsregierungen bleibt es unbenommen, die vorstehenden Ausnahmebestimmungen nach Bedürfniss näher zu präcisiren, zu beschränken oder zu erweitern," wurde ebenfalls abgelehnt. Protok. S. 5042 f. [4])

[4]) Von Interesse ist, auf welchem Weg das englische Recht die Interessen des Publicums und die der Eisenbahnen zu vereinigen gesucht hat. Die eben (Note 3) citirte Railway and Canal Traffic Act Sect. VII. lautet: „Every such Company as aforesaid shall be liable for the Loss of or for any Injury done to any Horses, Cattle, or other Animals, or to any Articles, Goods, or Things, in the receiving, forwarding, or delivering thereof, occasioned by the Neglect or Default of such Campany or its Servants, notwithstanding any Notice, Condition, or Declaration made and given by such Company contrary thereto, or in anywise limiting such Liability; every such Notice, Condition, or Declaration being hereby declared to be null and void: Provided always, that nothing herein contained shall be construed to prevent the said Companies from making such Conditions with respect to the receiving, forwarding, and delivering of any of the said Animals, Articles, Goods, or Things, as shall be adjudged by the Court or Judge before whom any Question relating thereto shall be tried to be just and reasonable: Provided always, that no greater Damages shall be recovered for the Loss of or for any Injury done to any of such Animals, beyond the Sums herein-after mentioned; (that is to say,) for any Horse Fifty Pounds; for any Neat Cattle, per Head, Fifteen Pounds; for any Sheep or Pigs, per Head, Two Pounds; unless the Person sending or delivering the same to such Company shall, at the Time of such Delivery, have declared them to be respectively of higher Value than as above mentioned; in which Case it shall be lawful for such Company to demand and receive by way of Compensation for the increased Risk and Care thereby occasioned a reasonable Per-centage upon the Excess of the Value so declared above the respective Sums so limited as aforesaid, and which shall be paid in addition to the ordinary Rate of Charge; and such Per-centage or increased Rate of Charge shall be notified in the Manner prescribed in the Statute Eleventh George Fourth and First William Fourth, Chapter Sixty-eight („„— — to be notified by some No-

Art. 423. §. 4. Die Vertragsfreiheit der Eisenbahnen ist nach bestimmten Richtungen hin aufgehoben, bez. modificirt; im Uebrigen ist dieselbe ebenso unbeschränkt, wie die der anderen Frachtführer. Insbesondere gilt dies in Betreff der Bestimmung der Höhe der Fracht [5]). Es steht den Eisenbahnen daher auch frei, im Fall sie eine der nach Art. 427 zulässigen Verabredungen treffen, die Höhe der Fracht nach der Höhe der declarirten Summe zu normiren.

Art. 424.

Art. 424. Es kann bedungen werden:

1) in Ansehung der Güter, welche nach Vereinbarung mit dem Absender in unbedeckten Wagen transportirt werden:

 dass für den Schaden nicht gehaftet werde, welcher aus der mit dieser Transportart verbundenen Gefahr entstanden ist,

2) in Ansehung der Güter, welche, ungeachtet ihrer Natur eine Verpackung zum Schutz gegen Verlust oder Beschädigung auf dem Transport erfordert, nach Erklärung des Absenders auf dem Frachtbrief unverpackt oder mit mangelhafter Verpackung aufgegeben sind:

 dass für den Schaden nicht gehaftet werde, welcher aus der mit dem Mangel der Verpackung oder mit der mangelhaften Beschaffenheit der Verpackung verbundenen Gefahr entstanden ist,

3) in Ansehung der Güter, deren Auf- und Abladen nach Vereinbarung mit dem Absender von diesem besorgt wird,

 dass für den Schaden nicht gehaftet werde, der aus der

tice affixed in legible Characters in some public and conspicuous Part of the Office, Warehouse or other receiving House, where such Parcels or Packages are received by them fo the Purpose of Conveyance etc.““), and shall be binding upon such Company in the Manner therein mentioned: Provided also, that the Proof of the Value of such Animals, Articles, Goods, and Things, and the amount of the Injury done thereto, shall in all Cases lie upon the Person claiming Compensation for such Loss or Injury: Provided also, that no special Contract between such Company and any other Parties, respecting the receiving, forwarding, or delivering of any Animals, Articles, Goods, or Things as aforesaid shall be binding upon or affect any such Party unless the same be signed by him or by the Person delivering such Animals, Articles, Goods, or Things respectively for Carriage: Provided also, that nothing herein contained shall alter or affect the Rights, Privileges, or Liabilities of any such Company under the said Act of the Eleventh George Fourth and First William Fourth, Capter Sixty-eight, with respect to Articles of the Descriptions mentioned in the said Act.“

[5]) S. Bemerkungen zu Art. 422 §. 6.

mit dem Auf- und Abladen oder mit mangelhafter Verladung verbundenen Gefahr entstanden ist, **Art. 424.**

4) in Ansehung der Güter, welche vermöge ihrer eigenthümlichen natürlichen Beschaffenheit der besonderen Gefahr ausgesetzt sind, gänzlichen oder theilweisen Verlust oder Beschädigung, namentlich Bruch, Rost, inneren Verderb, aussergewöhnliche Leckage u. s. w. zu erleiden:

dass für den Schaden nicht gehaftet werde, welcher aus dieser Gefahr entstanden ist,

5) in Ansehung lebender Thiere:

dass für den Schaden nicht gehaftet werde, welcher aus der mit dem Transport dieser Thiere für dieselben verbundenen besonderen Gefahr entstanden ist,

6) in Ansehung begleiteter Güter:

dass für den Schaden nicht gehaftet werde, welcher aus der Gefahr entstanden ist, deren Abwendung durch die Begleitung bezweckt wird.

Ist eine der in diesem Artikel zugelassenen Bestimmungen bedungen, so gilt zugleich als bedungen: dass bis zum Nachweis des Gegentheils vermuthet werden soll, dass ein eingetretener Schade, wenn er aus der nicht übernommenen Gefahr entstehen konnte, aus derselben wirklich entstanden ist.

Eine nach diesem Artikel bedungene Befreiung von der Haftpflicht kann nicht geltend gemacht werden, wenn nachgewiesen wird, dass der Schade durch Verschulden der Bahnverwaltung oder ihrer Leute entstanden ist.

Monita 450 (Art. 396 Abs. 1). 451. 452 (Art. 396). 453. — Protok. S. 4701 (Art. 399. 400 a). 4787 f. (II ad 1 c bis ad 5). 4795 bis 5024 [1]). 5108 bis 5111. 5121 f.

Absatz 1.

Zu Nr. 1 [2]). Nach Vereinbarung mit dem Absender. Diese Vereinbarung kann ausdrücklich erfolgen, es kann aber auch im Reglement bestimmt sein, dass gewisse Güter nur in unbedeckten Wagen, oder dass sie ohne besondere Verabredung in solchen transportirt würden. In §. 1.

[1]) In Folge eines Druckfehlers folgt in den Protokollen auf S. 4799 unmittelbar S. 5000.

[2]) Protok. S. 4795 bis 5001.

Art. 424. einem solchen Fall bindet, wenn etwas Anderes nicht verabredet ist, die Reglementsbestimmung den Absender.

Dass für den Schaden nicht gehaftet werde etc. Schon aus dem oben zu Art. 395 §. 10 bis 14 über die Relativität des Begriffs der vis major und die bei der Beurtheilung erforderliche Berücksichtigung der Eigenthümlichkeit der verabredeten Transportart Bemerkten ergiebt sich, dass, wenn Transport in unbedeckten Wagen verabredet ist, der Frachtführer für manche Verluste und Beschädigungen nicht zu haften hat, für welche er haften muss, wenn diese das Gut gefährdende Transportart nicht verabredet ist. Beschädigung durch Regen, Staub, herabfallende Gegenstände, ja unter Umständen selbst geringere Verluste durch mit dem Transport verbundene Erschütterung, durch Wind, ja sogar durch Diebstahl dritter (d. h. hier: nicht unter Art. 400 fallender) Personen kann in diesem Fall als unabwendbar in dem oben erörterten Sinn, als vis major erscheinen, obgleich sie nicht als solche aufzufassen sein würde, wenn dieser Transport nicht verabredet worden wäre, und fällt daher auch ohne speciell darauf gerichtete Vereinbarung dem Absender zur Last. Die Beweispflicht des Frachtführers ist jedoch nicht modificirt.

§. 2. Eine ausdrückliche Verabredung, dass der Frachtführer für den Schaden nicht haften solle, welcher in Folge der Besonderheit des Transports in unbedeckten Wagen als unabwendbar erscheint — und etwas Anderes kann unter dem Schaden, „welcher aus der mit dieser Transportart verbundenen Gefahr entsteht,“ nicht verstanden werden, hat daher nur insofern eine praktische Bedeutung, als mit derselben eine weitere Verabredung über die Modification der Beweislast verbunden wird, oder als in derselben enthalten anzunehmen ist.

Die in Nr. 1 den Eisenbahnen gewährte Befugniss erscheint mithin gar nicht als Ausnahme von dem in Art. 423 aufgestellten Grundsatz, wohl aber ist eine solche darin enthalten, dass der Eisenbahn die Befugniss gewährt wird, im behandelten Fall eine von den allgemeinen Grundsätzen über Beweispflicht (Art. 395) abweichende Vereinbarung dahin zu treffen, dass, wenn ein Schade eingetreten ist, welcher durch ein Ereigniss hervorgebracht sein kann, das in Folge der verabredeten Transportart als unabwendbar erscheint, diese Entstehung präsumirt wird. Diese Befugniss ist in der Bestimmung des zweiten Absatzes des Artikels implicite enthalten.

Das Gesetz geht aber noch weiter. Da, wie bemerkt, im fraglichen Fall das Hauptgewicht immer auf der Veränderung der Beweislast ruht, so wird die Absicht der Parteien regelmässig auch auf dieselbe gerichtet

sein, ja diese werden dieselbe für so selbstverständlich halten, dass sie es unterlassen, diese Absicht ausdrücklich auszusprechen. Man wird also auch ohne gesetzliche Bestimmung häufig diese Verabredung als in jener enthalten ansehen müssen. Der Artikel stellt einen entsprechenden allgemeinen Interpretativsatz („gilt") auf. Art. 424.

§. 3. Der preussische Antrag (Monitum 450) enthält unter Art. 396 Nr. 4 noch den Zusatz: „während dem Absender bei Schliessung des Vertrags unter angemessenen Bedingungen freigestellt war, die sichere Weise des Transports zu wählen." Diese Bestimmung wurde nicht aufgenommen. Den Eisenbahnen ist mithin die Befugniss geblieben, allgemein festzustellen, dass gewisse Güter nur in unbedeckten Wagen transportirt werden, oder für den Transport in bedeckten Wagen eine Erhöhung der Fracht ganz nach ihrem Ermessen zu bedingen. Es entspricht dies ganz den in Art. 422 Abs. 1 Nr. 1 aufgestellten Grundsätzen. S. Bemerkungen zu Art. 422 §. 9. Dagegen ergiebt sich aus diesen Ausführungen, dass trotz der Abwerfung des obigen Antrags die Eisenbahn nicht befugt ist, im einzelnen Fall den Abschluss eines Frachtvertrags in der beantragten Transportart (in bedeckten Wagen) zu verweigern, sobald die Voraussetzungen des Art. 422 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 vorliegen. Ob, wenn eine solche ungerechtfertigte Verweigerung erfolgt ist, und der Absender über den Transport in unbedeckten Wagen abschliesst, derselbe Anspruch auf den dadurch entstandenen Schaden hat, bez. ob er sich diesen Anspruch wirksam vorbehalten kann, ist nach den Verhältnissen des einzelnen Falls zu untersuchen.

§. 4. Unter der **mit dieser Transportart verbundenen Gefahr** ist zunächst die Gefahr der Beschädigung durch Witterungseinflüsse zu verstehen. Der der Generalversammlung des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen in Hamburg vom 12. bis 15. November 1860 vorgelegte und in diesem Punkt nicht amendirte Reglementsentwurf berücksichtigt nur diese Gefahr [3]). Allein, wie schon oben (§. 1) bemerkt wurde, kann die Besonderheit des Transports auch Veranlassung sein, dass im einzelnen Fall ein anderes beschädigendes Ereigniss, ja sogar Diebstahl, welches unter anderen Transportverhältnissen nicht als vis major erschienen sein würde, als solche sich darstellt.

[3]) §. 20 Nr. 3 dieses Entwurfs lautet: „Würde der Absender sich damit einverstanden erklären, dass das Frachtgut auf unbedeckte Fahrzeuge geladen werde — — so ist dadurch den Ansprüchen entsagt, welche sonst etwa wegen Beschädigung des Frachtguts aus Einflüssen der Witterung angebracht werden könnten." Nach den Protokollen der Generalversammlung ist diese Bestimmung nicht debattirt worden. — Das Vereinsgüterreglement schliesst sich in §. 22 Nr. 2 ganz an die Fassung des Gesetzes an und specialisirt die ausgenommenen Gefahren nicht.

Art. 424. §. 5. **Zu Nr. 2** [4]). Nach den Bemerkungen zu Art. 395 §. 7 und 20 ist die Haftung des Frachtführers für den aus Mängeln der Verpackung entstandenen Schaden ausgeschlossen, wenn der Absender, nachdem er auf diese Mängel aufmerksam gemacht ist, doch, ohne denselben abzuhelfen, auf dem Transport besteht, oder wenn er von vorn herein eine hierauf gehende Erklärung abgegeben hat [5]). Als eine passende Form einer derartigen Erklärung erscheint die Angabe über die Art der Verpackung oder deren Abwesenheit im Frachtbrief, und im Eisenbahnverkehr mag diese sogar als die einzig passende erscheinen. Von der unter Nr. 2 behandelten Verabredung gilt mithin das Nämliche, wie das zu Nr. 1 Bemerkte, und es ruht auch für die betreffenden Fälle das Hauptgewicht auf Abs. 2.

§. 6. **Zu Nr. 3** [6]). **Auf- und Abladen** des Guts gehört mit zum Transport und ist daher vom Frachtführer vorzunehmen, kann jedoch auch in Folge Vereinbarung vom Absender übernommen werden [7]). In diesem Fall hat der Absender allen durch die Auf- und Abladehandlungen unmittelbar entstandenen Schaden selbst zu tragen, und ebenso trifft ihn auch der Schade, welcher auf dem Transport in Folge mangelhafter Verladung entstanden ist [8]). Ob der Frachtführer das Gut erst nach erfolgter Aufladung zum Transport empfängt und es schon damit, dass er es dem Absender (Empfänger) zum Abladen zuweist, abliefert, oder ob das-

4) Protok. S. 5008 f.

5) „Eine Mehrzahl bedeutender Handelsartikel ist entweder nur ganz unverpackt, oder nur mit mangelhafter Verpackung mit Vortheil in den grossen Verkehr zu bringen. — — Gerade seit die Eisenbahnen bestehen, kommen ausser den Rohproducten viele Metallfabrikate, Meubles, Häute, Leder, Zuckerbrote ohne Verpackung in den Handel. Sobald man Verpackung fordert, sind bestimmte Absatzwege verschlossen, welche die dadurch veranlassten Kosten nicht tragen. Knochenkohle, Rohzucker, welcher einige Transporte erduldet hat, und Reis haben regelmässig so schlechte Fustage, dass selten alles Streuen vermieden wird, die Artikel vertragen aber keine Erneuerung der Fustage.“ Die Denkschrift der Commission deutscher Eisenbahnverwaltungen von 1859, S. 17. — Das Vereinsgüterreglement schliesst sich in §. 22 Nr. 3 ganz an das Gesetz an.

6) Protok. S. 5001 bis 5008.

7) Der Grund, warum dies geschieht, ist meistens der, die Ansetzung einer niedrigeren Fracht zu ermöglichen. Bei den sogenannten Ballastartikeln (Holz, Kohlen, Steine, rohe Feld- und Bergproducte), welche gewöhnlich auf unbedeckten Wagen befördert werden, kommt diese Vereinbarung häufig vor. Der Grund kann aber auch darin liegen, dass das Auf- und Abladen besonderes Sachverständniss erfordert etc.

8) In diesem Fall kann es jedoch leicht vorkommen, dass der Absender in der Lage ist, sich auf den letzten Absatz zu berufen, wenn z. B. das Eisenbahnpersonal unterwegs den Mangel der Verladung entdeckt und die daraus zu befürchtende Gefahr des Verlusts oder der Beschädigung entdeckt, und, obgleich dies thunlich ist, der Mangel nicht beseitigt, bez. der Transport fortgesetzt wird, ohne dass dem Absender von dem Mangel Nachricht und ihm dessen Beseitigung anheimgegeben wird.

selbe schon als früher empfangen und später abgeliefert anzusehen ist, bleibt im einzelnen Fall zu untersuchen. Hiernach bestimmt sich, ob der Frachtführer den vor erfolgter Vollendung der Verladung und nach geschehener Zuweisung zum Abladen dem Gut zugestossenen Schaden zu tragen hat oder nicht [9]. Auf die Haftung für die aus dem Auf- und Abladen durch den Absender (Empfänger) entstandene Gefahr ist dieser Umstand jedoch ohne Bedeutung. **Art. 424.**

Die in Nr. 3 erwähnte Verabredung ist also an sich überflüssig und das Gewicht ruht auch hier auf der Bestimmung des Abs. 2.

Ein Antrag, die verringerte Haftung der Eisenbahn nur dann zuzulassen, wenn dieselbe die Auf- und Abladung selbst zu übernehmen sich erboten hatte, wurde aus denselben Gründen abgelehnt, wie der entsprechende Antrag zu Nr. 1 [10]. Die Eisenbahn kann deswegen in ihren Reglements bestimmen, dass unter gewissen Voraussetzungen (Art der Güter, Ort der Auf- und Abladung etc.) die Auf- und Abladung durch den Absender (Empfänger) vorgenommen werde [11]. §. 7.

Zu Nr. 4 [12]. Soweit es sich um Verlust und Beschädigung handelt, welche durch die natürliche Beschaffenheit des Guts oder äusserlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden sind, die also nach Art. 395 dem Frachtführer überhaupt nicht zur Last fallen, hat die in Nr. 4 behandelte Verabredung nur in Zusammenhang mit der Bestimmung des Abs. 2 ein rechtliches Interesse. Aus der Bezeichnung der „natürlichen Beschaffenheit“ als einer „eigenthümlichen“ sowie aus den Beispielen: „Bruch, Rost, aussergewöhnliche Leckage,“ er- §. 8.

[9] Bei den Verhandlungen wurde namentlich der Fall erörtert, wenn die Auf- und Abladung durch die Nacht unterbrochen und während dem das Gut beschädigt oder gestohlen wird.

Möglicher Weise kann die Eisenbahn, welche das Gut noch nicht übernommen oder schon abgeliefert hatte, im einzelnen Fall als Depositar, Commodatar (des Lagerungsorts), Vermiether etc. erscheinen.

[10] Besonders wurde noch geltend gemacht: „An solchen Plätzen, an welchen eine Waare producirt und in grossen Massen versendet werde, z. B. in der Nähe von Kohlengruben, würden die Eisenbahnverwaltungen nicht im Stande sein, das nöthige Personal zu halten, um jedem Absender die Wahl zu ermöglichen, ob er selbst auf- und abladen lassen, oder diese Geschäfte der Bahnverwaltung überlassen wolle, und würden dann dem Absender, der mit seinen eigenen Leuten noch dazu wohlfeiler arbeite, auch den Vortheil einer geringeren Fracht gar nicht einräumen dürfen. Ein Missbrauch der angenommenen Bestimmungen sei hier auch um deswillen nicht zu befürchten, weil eine Anwendung derselben offenbar nur dann denkbar sei, wenn der Absender ganze Wagenladungen versenden lasse, und nicht auch bei Versendung einzelner bestimmter Frachtstücke.“ Protok. S. 5007 f.

[11] Das Vereinsgüterreglement §. 22 Nr. 4 schliesst sich ganz an unsere Stelle an. Was daselbst weiter über die Verpflichtung des Absenders bez. Empfängers, den durch das Auf- und Abladen oder bei Gelegenheit desselben den Eisenbahnfahrzeugen zugefügten Schaden zu ersetzen, bestimmt wird, ist selbstverständlich.

[12] Protok. S. 5018 bis 5022.

Art. 424. giebt sich jedoch, dass die Eisenbahn berechtigt sein soll, ihre Haftung auch in manchen derartigen Fällen abzulehnen, in welchen sie auf Grund des Art. 395 verhaftet sein würde. Es sind diejenigen Fälle gemeint, in welchen Verlust oder Beschädigung nicht lediglich durch die natürliche Beschaffenheit des Guts oder durch dieselbe in Verbindung mit der unabwendbaren Einwirkung jedes Transports der verabredeten Art entstanden ist, sondern solche Verluste und Beschädigungen, deren nächste Ursache eine an sich vom Frachtführer zu vertretende Thatsache (eine Transporthandlung, ein nach Lage der Verhältnisse unabwendbares äusseres Ereigniss) war, welche Thatsache aber nur wegen der eigenthümlichen Beschaffenheit des Guts einen beschädigenden Einfluss auf dasselbe ausüben konnte. Als Güter von solch eigenthümlicher Beschaffenheit erscheinen insbesondere Glaswaaren, Porcellan etc., welche der Zerstörung und Beschädigung durch Bruch ausgesetzt sind, Flüssigkeiten in solchen oder in Fässern, welche in Folge Verletzung der Gefässe ausrinnen, Metallwaaren, welche dem Rosten ausgesetzt sind, Explosivstoffe etc. [13]) Die Vertretung solcher Verluste und Beschädigungen, welche als Folge dieser leichten Verletzbarkeit erscheinen, sollen die Eisenbahnen vertragsmässig von sich abwenden können, nicht aber etwa auch die Vertretung derjenigen Verluste und Beschädigungen, welche nicht durch diese Verletzbarkeit bedingt sind. Die Präsumtion des Abs. 2 greift auch hier im Interesse der Eisenbahn ein.

§. 9. **Zu Nr. 5** [14]). „Der Transport lebender Thiere hat dadurch eine besondere Eigenthümlichkeit, dass das transportirte Object durch die eigene Thätigkeit oder die Thätigkeit eines mittransportirten Objects leicht beschädigt werden kann, dass die Beschädigung durch eigene Thätigkeit entweder überhaupt nicht oder doch nur durch solche Massregeln abgewendet werden kann, welche dem sonstigen Wohlbefinden des Thiers nachtheilig sind, und dass die Massregeln zur Verhütung der Beschädi-

[13]) Das Vereinsgüterreglement schliesst sich in §. 22 Nr. 1 ganz an die Fassung unserer Nr. 4 an, fügt aber noch hinzu: „insbesondere also nicht

a) überhaupt: bei gefährlichen Substanzen, als Schwefelsäure, Scheidewasser und anderen ätzenden Gegenständen;
b) für den Bruch: bei leicht zerbrechlichen Sachen, als Möbeln und Hausgeräth, Glas, Eisenguss, leeren oder gefüllten Krügen, Flaschen und Glasballons, Zucker in losen Broten u. s. w.;
c) für Leckage, d. h. Dringen der Flüssigkeiten durch die Fugen des Gebindes ohne äusserliche Beschädigung;
d) für das Verderben: bei Flüssigkeiten und anderen Gegenständen, welche leicht in Gährung oder Fäulniss übergehen;
e) für das Einrosten: bei Metallwaaren;
f) für Gewichtsverluste: bei frischen und gesalzenen Fischen, Austern und Südfrüchten."

[14]) Protok. S. 5015 bis 5017.

gung durch andere Thiere so kostspielig sind, dass der Transport mancher Thiere die dadurch veranlasste Erhöhung der Kosten nicht ertragen würde. Es erscheint daher nicht unbillig, wenn die Eisenbahnverwaltungen die Haftung für denjenigen Schaden, welcher durch die eigene Thätigkeit der Thiere entsteht, und sofern vertragsmässig der Transport mehrerer Thiere in einem Raum erfolgt, auch für den Schaden, welcher durch die anderen Thiere hervorgebracht wird, ablehnt" [15]). Art. 424.

Zu Nr. 6 [16]). Beim Transport gewisser Arten von Gütern oder bei gewissen Transportarten erscheint es zweckmässig, dass der Absender, indem er den Transport begleitet oder begleiten lässt, die Aufsicht über die Güter überhaupt oder nach gewissen Richtungen hin selbst übernimmt, und es finden deswegen dahin gehende Uebereinkommen zwischen den Parteien häufig statt. Die Initiative dazu kann vom Absender ausgehen, aber auch vom Frachtführer. Der letztere bezweckt damit regelmässig seine Haftung zu beschränken, und zwar nicht nur thatsächlich, indem er in seiner Aufsicht vom Absender unterstützt wird, sondern auch rechtlich, indem er die Befreiung von der Vertretung derjenigen Beschränkungen, zu deren Verhütung die Begleitung beliebt wurde, sich ausbedingt. Ob eine solche Beschränkung der Haftung als in der auf die Begleitung gerichteten Verabredung stillschweigend enthalten angenommen werden muss, ist quaestio facti. Dasselbe gilt vom Umfang der verabredeten oder als verabredet anzunehmenden Beschränkung. §. 10.

Das Gesetz gestattet den Eisenbahnen ihre Haftung nach dieser Richtung zu beschränken.

Unter **begleiteten Gütern** sind jedenfalls solche zu verstehen, in Betreff welcher verabredet ist, dass sie begleitet werden sollen. Gleichgültig aber ist es, ob diese Verabredung im einzelnen Fall (auf Veranlas- §. 11.

[15]) Aus des Verfassers im Jahr 1860 erschienenen Broschüre: „Das deutsche Handelsgesetzbuch und die Eisenbahnen." S. 30.

Vereins-Personen-Reglement §. 44: „— Die Eisenbahn haftet nicht für den Schaden, welcher aus der mit dem Transport der Thiere für dieselben verbundenen besonderen Gefahr entstanden ist; sie leistet daher insbesondere keinen Ersatz, wenn der Verlust oder die Beschädigung durch Entspringen, Fallen, Stossen, Ersticken oder aus sonstigen Ursachen beim Einladen, Ausladen, während des Transports oder beim Aufenthalt auf dem Bahnhofe entstanden ist." Die clausula generalis: „aus sonstigen Ursachen" dürfte in dieser Allgemeinheit schwerlich gerechtfertigt sein.

Da nach §. 40 desselben Reglements „der Absender oder Empfänger das Ein- und Ausladen in die Wagen und aus denselben, sowie die zur Befestigung der Thiere erforderlichen Mittel und das Anbinden selbst zu besorgen oder besorgen zu lassen, sich auch von der sicheren Anlegung der Thiere selbst zu überzeugen hat" und ferner „zum Transport lebender Thiere ohne einen Begleiter für jeden Wagen die Eisenbahn nicht verpflichtet ist," so werden für die Haftung der Eisenbahn meist auch die Beschränkungen unter Nr. 3 und 6 massgebend.

[16]) Protok. S. 5017 f.

Art. 424. sung der einen oder der anderen Partei) speciell getroffen, oder ob die Reglements für gewisse Transporte die Begleitung allgemein vorschreiben und dieselbe im einzelnen Fall nicht ausgenommen wird. Hat der Absender, ohne dazu auf die eine oder die andere Weise verpflichtet zu sein, dem Gut einen Begleiter beigegeben, so ist im einzelnen Fall zu untersuchen, ob und wie weit er dadurch die Custodia übernommen habe, ob und wie weit ein solches Gut also im Sinn der Reglements als „begleitet" anzusehen ist.

Ueblich ist die Verabredung bei Transport von Vieh, Equipagen, Eisenbahnfahrzeugen, welche auf ihren eigenen Rädern laufen, bei Silberzügen etc. [17]).

Gefahr, deren Abwendung durch die Begleitung bezweckt wird. „Es darf nur eine Befreiung von solchen Gefahren bedungen werden, welche vernünftiger Weise durch die Begleitung vermieden werden könnten, und der Richter hat bei Entscheidung etwaiger Streitigkeiten davon auszugehen, eine Gefahr, welche durch die Begleitung nicht hätte abgewendet werden können, habe auch nicht durch dieselbe abgewendet werden sollen" (Protok. S. 5017) [18]).

§. 12. **Absatz 2** [19]). Die Verabredungen über die Verminderung der Haftung, welche in Absatz 1 erwähnt sind, haben, wie ausgeführt, an sich zum Theil keine praktische Bedeutung, zum Theil ist dieselbe nur von geringem Werth. Erst dadurch, dass daneben eine Modification der Beweislast verabredet ist, gewinnt sie überhaupt Werth oder vermehrt sich derselbe. Abs. 2 enthält nun in Betreff einer solchen Verabredung zwei verschiedene Bestimmungen. Einmal lässt er den Eisenbahnen nach zu verabreden, es solle vermuthet werden, dass ein eingetretener Schade,

[17]) Koch in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. X, S. 81. — Das Reglement für den Vereinsgüterverkehr schliesst sich in §. 22 Nr. 5 ganz an die Fassung des Gesetzes an. Auch beim Transport von Leichen wird Begleitung gefordert. Vereinsreglement für den Personen- etc. Verkehr §. 34.

[18]) Nach den Reglements (siehe z. B. Thüringer Reglement §. 22 Nr. 5) „gehören hierhin alle Gefahren, welche nicht aus einer von der Eisenbahn zu vertretenden Beschädigung der gewaltsamen Behandlung des zum Transport benutzten Fahrzeugs entstehen." — Im Vereins-Personen-Reglement §. 44 werden zu den transportirte Thiere treffenden Gefahren, deren Abwendung durch die Begleitung bezweckt wird, gerechnet: „alle Gefahren, welche nicht aus einer von der Eisenbahn zu vertretenden Beschädigung des zum Transport benutzten Fahrzeugs entstehen, namentlich auch diejenigen, welche durch gehörige Beaufsichtigung, Wartung und Fütterung der Thiere während des Transports abgewendet werden können." Nach dem Reglement des Hannover-Thüringischen Verbands §. 32 hat der vertragsmässig den beförderten Fahrzeugen mitgegebene Begleiter „für Abwendung jeder Gefahr zu sorgen, durch welche die Fahrzeuge beschädigt werden könnten". Ob die verschiedenen Fassungen nicht zu weit sind, kann im Voraus nicht übersehen werden.

[19]) Protok. S. 4787 f. (ad 2 bis ad 5) 5016. 5017. 5018 bis 5023.

wenn er aus einer nicht übernommenen Gefahr entstehen konnte, aus derselben wirklich entstanden sei. Ferner bestimmt er, dass, wenn eine der in Abs. 1 erwähnten Verabredungen getroffen ist, diese Vermuthung als zugleich mit verabredet angenommen wird (sie gilt als bedungen). **Art. 424.**

Entstehen konnte. Die Möglichkeit, dass der eingetretene Schade aus der nicht übernommenen Gefahr entstanden sein könne, d. h. dass die fragliche besondere Art des Transports, die Beschaffenheit des Guts etc. denselben verursacht oder Gelegenheit zu dessen Eintritt gegeben haben könne, ist von der Eisenbahn zu beweisen [20]). Dem Absender steht dagegen der Gegenbeweis offen. Ist diese Möglichkeit dargethan, dann tritt die Präsumtion ein, und gegen diese kann der Absender den Beweis führen, entweder dass in concreto der Schade durch ein bestimmtes von der Eisenbahn zu vertretendes Ereigniss entstanden sei, oder dass er aus der nicht übernommenen Gefahr in concreto nicht habe entstehen können [21]), und hiergegen steht der Eisenbahn wieder der Gegenbeweis offen. Nach der regelmässigen processualischen Gestaltung ist es jedoch ohne Interesse, diese verschiedenen Arten des Beweises, welche der Partei obliegen und nachgelassen sind, zu unterscheiden und zu untersuchen, welche Beweismomente unter die eine oder die andere Art fallen. §. 13.

20) In vielen Fällen wird ein Beweis nicht erforderlich sein, sondern die Möglichkeit auch dem Auge des Nichtsachverständigen offen vorliegen, z. B. dass das in offenen Wagen transportirte Gut durchnässt werden kann.

21) Wird z. B. das in offenen Wagen transportirte Gut durchnässt abgeliefert, so kann der Absender sich darauf berufen, dass während des Transports kein Regen gefallen sei; wenn Gut, dessen Aufladen der Absender übernommen hatte, zerbrochen abgeliefert wird, so kann er beweisen, dass dasselbe nach erfolgter Aufladung während des Transports sich in unverletztem Zustand befunden habe.

Im einzelnen Fall kann es zweifelhaft sein, ob der Absender zu beweisen hat, dass gewisse Umstände die Möglichkeit des ohne Berücksichtigung derselben in abstracto möglichen Eintritts des Schadens in concreto ausgeschlossen haben, oder ob die Eisenbahn bei der ihr obliegenden Führung des Beweises der Möglichkeit des Eintritts diese Umstände nicht berücksichtigen muss. Genügt es also z. B., dass die Eisenbahn, welche behauptet, der vorhandene Gewichtsmangel sei durch Schwinden entstanden, den Beweis führt, dass Gut der fraglichen Beschaffenheit durch Schwinden einen Gewichtsverlust von der bestimmten Höhe erleiden könne, und bleibt es dem Absender vorbehalten zu beweisen, dass ein solcher Verlust im Winter oder bei nur dreitägigem Transport nicht eintreten könne — oder muss die Eisenbahn die Jahreszeit oder Dauer des Transports in ihren Beweis mit aufnehmen? — Im angegebenen Fall würde ich mich für letzteres entscheiden und daher der von Koch (Goldschmidt's Zeitschrift Bd. X, S. 73, Note 1) citirten Entscheidung des Appellationsrichters beitreten. Eine allgemeine Regel ist aber höchstens in der Unbestimmtheit aufzustellen, dass besondere Umstände (wie die im Anfang der Note erwähnten) in den Beweis des Absenders gehören.

(Die von Koch a. a. O. vertheidigte Entscheidung des Unterrichters ist jedenfalls deswegen irrig, weil die Eisenbahn nur bewiesen hatte, dass feuchte Knochen überhaupt der Gefahr des Gewichtsverlusts ausgesetzt sind, nicht aber, dass dieser bis zu 10 Procent ansteigen könne. Der „eingetretene Schade" war ja aber nicht Gewichtsverlust im Allgemeinen, sondern Gewichtsverlust von 10 Procent.)

Art. 424. §. 14. **Absatz 3** [22]) bestimmt zunächst nur, dass in solchen Verabredungen, wie sie durch unseren Artikel der Eisenbahn erlaubt sind, ein Verzicht auf Geltendmachung des durch Verschulden der Bahnverwaltung oder ihrer Leute entstandenen Schadens nicht enthalten sei. In Zusammenfall mit Art. 423 („sind nicht befugt — ausser") folgt daraus aber weiter, dass die Eisenbahn das Einstehen für Verschulden der Verwaltung oder ihrer Leute nicht wirksam ausschliessen kann. Dass, wenn eine der in Abs. 1 behandelten Verabredungen getroffen ist, der Absender die Gefahr des Beweises, der Schade sei durch Verschulden herbeigeführt worden, zu tragen hat, folgt schon aus Abs. 2.

Art. 425.

Art. 425. In Ansehung des Reisegepäcks kann bedungen werden:

1) dass für Verlust oder Beschädigung von Reisegepäck, welches nicht zum Transport aufgegeben ist, nur gehaftet werde, wenn ein Verschulden der Bahnverwaltung oder ihrer Leute nachgewiesen wird. Dasselbe kann in Ansehung von Gegenständen bedungen werden, welche sich in Reiseequipagen befinden;

2) dass für Verlust von Reisegepäck, welches zum Transport aufgegeben ist, nur gehaftet werde, wenn das Gepäck binnen einer bestimmten Frist nach der Ablieferungszeit abgefordert wird.

Die Frist darf nicht kürzer als drei Tage sein.

Monita 450 (Art. 396 Abs. 1 Nr. 1). 451. 452. 453. — Protok. S. 4701 (Art. 400 a Nr. 1). 4786 (Nr. II ad 1 a. b). 5010 bis 5014. 5111. 5122.

§. 1. **Rechtsverhältniss hinsichtlich des Gepäcktransports.** Oben [1]) wurde bemerkt, dass auch über Reisegepäck ein Frachtvertrag abgeschlossen werden könne und dann regelmässig als abgeschlossen anzunehmen sei, wenn dasselbe vom Transportanten übernommen worden sei [2]), nicht aber wenn der Reisende es bei sich behalte.

[22]) Protok. S. 4780. 5023.

[1]) Bemerkungen zu Art. 390 §. 1.

[2]) Nach Art. 423 („die in Art. 422 bezeichneten Eisenbahnen") beziehen sich alle Bestimmungen dieses Abschnitts auf „Eisenbahnen, welche dem Publicum zur Benutzung für den Gütertransport eröffnet sind." Da aber nach dem im Text Bemerkten auch der Transport des aufgegebenen Gepäcks als Gütertransport erscheint, so würde, auch wenn eine Eisenbahn den Gütertransport im engeren Sinn ausgeschlossen haben sollte, Art. 425 doch dann für sie massgebend sein, wenn sie nur das Reisegepäck zur ordnungsmässigen Beförderung übernimmt.

Im einzelnen Fall kann die Beurtheilung schwierig sein, ob das Gepäck als übernommen anzusehen ist oder nicht. Nach dem in Deutschland überall angenommenen Princip, dass die Eisenbahn Gepäckstücke des Reisenden gegen Ausstellung einer besonderen Urkunde (Empfangsbescheinigung, Ausantwortungsschein — Gepäckschein) zur Beförderung in besonderen Wagen übernimmt und bei einer gewissen Beschaffenheit von Gütern (Schwere, Grösse etc.) nur diese Art der Beförderung des Gepäcks zulässt, ist ein festes Kriterium der Uebernahme gegeben: nur dasjenige Gepäck ist als übernommen anzusehen, welches ordnungsmässig aufgegeben ist. In Betreff desjenigen Gepäcks dagegen, welches der Reisende in den Waggon mitnimmt, ist ein Frachtvertrag nicht abgeschlossen [3]). Das Rechtsverhältniss construirt sich vielmehr folgendermassen. **Art. 425.**

Ein Vertrag über die Beförderung von Personen kann mit verschiedenem rechtlichen Inhalt abgeschlossen werden. Der Passagiervertrag, wie ihn die Eisenbahnen abzuschliessen pflegen, räumt dem Passagier das Recht ein, die nach einem bestimmten Ort hin bewegten Transportmittel der Eisenbahn zum Zweck der Beförderung seiner Person zu benutzen. Es liegt keine locatio conductio operis vor, sondern das Rechtsverhältniss ist eher als locatio conductio rei aufzufassen. §. 2.

Das Recht des Passagiers erhält dadurch eine Erweiterung, dass er den ihm vertragsmässig zukommenden Raum in den Transportwerkzeugen auch noch zur Unterbringung von Sachen geringeren Umfangs (sogenanntes Handgepäck) zu benutzen und dadurch die Beförderung derselben herbeizuführen befugt ist. Dass die Unterbringung und Beförderung dieser Sachen als ein Theil des Passagiervertrags erscheint, ergiebt sich aus den in den Reglements darüber enthaltenen Erklärungen und den in den Transportmitteln (Waggons) getroffenen Einrichtungen. Daraus folgt, dass die Eisenbahnverwaltung, wenn durch ihr Verschulden diese Sachen in Verlust gerathen oder beschädigt werden, schadensersatzpflichtig ist.

[3]) „Was das nicht besonders zum Transport übergebene Reisegepäck angehe, so verstehe es sich von selbst, dass die Eisenbahnen für den Verlust und die Beschädigung desselben als Frachtführer aus dem Receptum nicht zu haften hätten. Dies sei bezüglich des Handgepäcks der Reisenden, welches dieselben bei sich behielten, so zweifellos, dass hierüber gar keine besondere Bestimmung aufgenommen zu werden brauche. Zweifelhaft könne die fragliche Entscheidung nur wegen des Gepäcks sein, welches in den zum Weitertransport auf die Bahn gebrachten Equipagen zurückbliebe und nicht besonders zum Transport übergeben werde.“ Protok. S. 5010.

Wollte man deswegen die Bestimmungen des Art. 395 auf dieses Rechtsverhältniss anwenden, weil nach römischem Recht der Schiffer auch für das Handgepäck der Passagiere ex recepto hafte, durch jenen Artikel aber die Grundsätze über das Receptum auf den Transport zu Land übertragen seien, so wäre diese Argumentation aus mehrfachen Gründen falsch.

Art. 425. Im einzelnen Fall kann die Beantwortung der Frage schwierig sein, ob ein Verschulden vorliege oder nicht. Bei Beschädigung durch Bruch der Wagen [4]) oder der zur Aufbewahrung des Gepäcks in den Wagen befindlichen Vorrichtungen (vorausgesetzt dass diese nicht übermässig belastet waren) wird regelmässig Verschulden anzunehmen sein. Ebenso wird die Verpflichtung zu einer gewissen Custodia z. B. gegen die Entwendungen nicht mitreisender oder nicht in dasselbe Coupé gehörender Personen anzunehmen sein. Es kann aber der thatsächlichen Natur des Verhältnisses nach nicht prätendirt werden, dass diese Custodia auch gegen die Entwendung oder Beschädigung durch Mitreisende gerichtet werde [5]).

§. 3. **Zu Nr. 1. Bestimmungen des Gesetzbuchs über das nicht aufgegebene Gepäck.**

Ist das zwischen der Eisenbahn und dem Passagier hinsichtlich des Handgepäcks bestehende Rechtsverhältniss nicht auf einen Frachtvertrag zurückzuführen, finden also die in Art. 423 citirten Bestimmungen keine Anwendung auf dies Rechtsverhältniss, so ist es evident, dass auch die in Art. 423 enthaltene Beschränkung der Vertragsfähigkeit keine Anwendung darauf finden kann, und ohne die in unserem Artikel in Form einer Ausnahme enthaltene Bestimmung würde dies wohl von Niemanden bezweifelt werden können. Nun stellt sich aber unser Artikel, auch soweit er von dem nicht aufgegebenen Gepäck handelt, in der Form einer Ausnahmebestimmung dar, und es fragt sich, ob diese Fassung zu der Annahme zwingt, dass das Gesetz diese Haftung dadurch ausgesprochen, mit anderen Worten, dass es das Mitnehmen von Handgepäck für den Abschluss eines Frachtvertrags erklärt habe.

Nicht ausser Augen zu lassen ist, dass, wenn man dies annimmt, man den Satz (gerade wegen seiner Proclamirung als eines selbstverständlichen) nicht auf Eisenbahnen beschränken könnte, sondern auch auf das zwischen allen für den Transport von Personen bestellten Anstalten (Art. 272 Nr. 3) und den Passagieren bestehende Rechtsverhältniss ausdehnen müsste. Aus diesem Grund ist die praktische Bedeutung des fraglichen Satzes auch nicht dadurch beseitigt, dass die Eisenbahnen entsprechende Bestimmungen in ihre Reglements aufgenommen haben.

4) Dahin gehört auch das von Keyssner in Busch's Archiv Bd. X, S. 64 angeführte Beispiel, „wenn die nicht ordnungsmässig verschlossene Thür des Coupé während der Fahrt sich öffnet und ein Stock herausgleitet und verloren geht." Nicht als Verschulden erscheint es jedoch, wenn die Thür während der Fahrt von einem Mitreisenden geöffnet wird etc.

5) Hiernach dürfte die Ersatzpflicht der Bahnverwaltung für das aus dem vom Reisenden zeitweilig verlassenen Coupé gestohlene Reisegepäck nicht so unbedingt anzuerkennen sein, wie das Keyssner a. a. O. S. 65 ausspricht.

Wenden wir uns nun zur Beantwortung der obigen Frage, so ist unbedenklich zuzugeben, dass der Gesetzgeber seinen Willen auch stillschweigend erklären kann. Führt eine ausgesprochene gesetzliche Bestimmung mit Nothwendigkeit auf einen anderen Rechtssatz zurück, aus dem allein sie sich erklären lässt, so ist auch dieser Rechtssatz als durch den Gesetzgeber gewollt anzunehmen. Nicht aber ist das Nämliche ohne Weiteres dann anzunehmen, wenn die Formulirung eines gesetzlichen Ausspruchs nur auf einen anderen Satz verweist, ohne dass sein Inhalt mit Nothwendigkeit auf denselben zurückführt. Insbesondere ist es unzulässig, daraus, dass sonst die Fassung einer Bestimmung als formell incorrect erscheinen würde, zu folgern, dass das Gesetz einen Rechtssatz, welcher nicht nur von der grössten Tragweite ist, sondern auch mit den sonstigen gesetzlichen Bestimmungen in Widerspruch steht, nebenbei und stillschweigend habe neu aufstellen wollen. Fehlt aber dieser Wille, so ist der Umstand, dass die Verfasser des Gesetzes von der irrthümlichen Annahme, jener Satz sei schon Rechtens, ausgegangen sein mögen, ohne rechtliche Bedeutung. **Art. 425.**

Dieser Fall liegt hier vor. Was der Gesetzgeber will, ist klar. Er bestimmt: ein Vertrag, welcher dahin geht, dass die Eisenbahn für das nicht aufgegebene Gepäck nicht hafte, ist rechtswirksam, soweit nicht auch die Haftung für das nachgewiesene Verschulden ausgeschlossen ist. Dieser Satz ist vereinbar ebensowohl mit der oben erörterten Construction, als mit der Auffassung des Rechtsverhältnisses als Frachtvertrag. Er führt also nicht mit Nothwendigkeit auf die letztere Construction. Mögen daher auch die Worte des Gesetzes auf diese Auffassung deuten, mag nach ersterer der Satz zum einen Theil ein selbstverständlicher sein — es ist aus der Bestimmung nicht zu entnehmen, der Gesetzgeber habe stillschweigend den Satz aussprechen wollen, dass ohne besondere Verabredung die Eisenbahn für nicht aufgegebenes Gepäck wie ein Frachtführer hafte.

Diese Argumentation erscheint aber um so gerechtfertigter, als der äussere Grund, aus welchem die Gesetzesverfasser sich zur Wahl der vorliegenden Fassung veranlasst gefunden haben, nicht verborgen ist. Er liegt darin, dass die Eisenbahnen in ihren Reglements Erklärungen aufgenommen hatten, dass sie für nicht aufgegebenes Gepäck keine Garantie leisten [6]). Diese Erklärungen fasst der Gesetzgeber ins Auge und spricht

[6]) So z. B. bestimmt das Vereinsreglement für die Personen- und Reisegepäck- etc. Beförderung nach dem Beschluss vom 28. und 29. Juni 1857 in §. 30 Abs. 2: „Für die in den Personenwagen mitgenommenen Gegenstände werden keine Gepäckscheine ausgegeben; sie sind von dem Reisenden selbst zu beaufsichtigen und es wird dafür keine Gewähr geleistet.“

Art. 425. mit Bezugnahme darauf seinen gesetzgeberischen Willen aus, indem er dabei dieselbe Methode befolgt, nach welcher er im vorhergehenden Artikel verfahren war und in diesem Artikel selbst hinsichtlich des aufgegebenen Gepäcks und des in Reiseequipagen befindlichen verfährt.

Nach dem oben Erörterten liegt also die eigentliche Bedeutung der Bestimmung darin, dass die Eisenbahn hinsichtlich des Verlusts und der Beschädigung des Handgepäcks die Haftung für Verschulden nicht vertragsmässig beseitigen oder beschränken kann. Es ist dies eine neue an Art. 423 bez. Art. 424 Abs. 3 sich anschliessende Bestimmung.

§. 4. Unter dem nicht zum Transport aufgegebenen Gepäck ist hauptsächlich das sogenannte Handgepäck zu verstehen, d. h. dasjenige, welches der Reisende in seinem Coupé unterbringt, allein auch diejenigen Sachen gehören dazu, welche zwar einem Eisenbahnbeamten übergeben und von diesem untergebracht sind, für welche aber nicht der ordnungsmässige Gepäckschein gelöst worden ist. Dass auch für diese Sachen trotz der Entgegennahme durch den Bahnbeamten nicht gehaftet werde, bez. dass eine solche Entgegennahme nicht als eine rechtswirksame Empfangnahme (Art. 395) erscheine, würde aus allgemeinen Grundsätzen nicht folgen — die Eisenbahn muss dies also besonders verabreden, und da eine solche Verabredung gegen Art. 423 verstossen würde, so erscheint hinsichtlich dieser Sachen die Bestimmung des Gesetzes als correct gefasst, sie ist in der That eine Ausnahmsbestimmung [7]).

§. 5. Ob das in **Reiseequipagen**, welche mit der Bahn befördert werden, enthaltene, nicht besonders expedirte Reisegepäck als mit den Equipagen selbst aufgegebenes Frachtgut erscheint oder nicht, ist im Allgemeinen nicht zu bestimmen [8]). Bleiben die Passagiere in der Equipage sitzen, so wird das Gepäck dem Handgepäck analog zu beurtheilen sein. Das Gesetz verstattet für alle Fälle den Eisenbahnen die Befugniss die Haftungsfreiheit zu stipuliren [9]).

[7]) Im Vereins-Personen-Reglement (von 1865) ist hervorgehoben, dass nicht aufgegebenes Gepäck ein weiterer Begriff ist als Handgepäck. §. 29 letzter Absatz lautet: „Für den Verlust und die Beschädigung von Reisegepäck, welches von dem Reisenden nicht zum Transport aufgegeben ist, insbesondere für den Verlust und die Beschädigung der in dem Wagen mitgenommenen Gegenstände wird nur Gewähr geleistet, wenn ein Verschulden der Bahnverwaltung oder ihrer Leute nachgewiesen ist.“

[8]) S. o. Note 3.

[9]) Vereins-Personen-Reglement §. 38: „In Bezug auf die in den beförderten Equipagen oder Fahrzeugen befindlichen Gegenstände haftet die Eisenbahn nicht für den Schaden, welcher aus der Gefahr entstanden ist, deren Abwendung durch die Begleitung bezweckt wird, für Schäden anderer Art aber nur, wenn ein Verschulden der Bahnverwaltung oder ihrer Leute nachgewiesen ist.“

Zu Nr. 2. Hinsichtlich des zum **Transport** (ordnungsmässig) aufgegebenen **Reisegepäcks** kann die Eisenbahn die Haftung nicht weiter modificiren, als hinsichtlich anderen Frachtguts. „Der Umstand, dass diese Güter auf Personenzügen befördert werden, dass der Eigenthümer meistens auf demselben Zug mitfährt und dass ein auf den Inhaber lautender Ladeschein ausgestellt wird, vermag dem Transportgeschäft selbst keine andere rechtliche Natur zu verleihen“ [10]). **Art. 425. §. 6.**

Dagegen „erfordert es das Interesse des Publicums, dass die Eisenbahnverwaltung in Betreff des Transports von Gütern als Reisegepäck Modificationen des sonst bei der Aufgabe und dem Transport selbst befolgten Verfahrens eintreten lässt. Dem Publicum wird die Möglichkeit geboten, die betreffenden Güter bis kurz vor dem Abgang des sie befördernden Zugs aufzugeben; die Expedition muss daher mit grosser Schnelligkeit erfolgen. Auch unterwegs, namentlich bei der Ueberladung von einem Zug in einen anderen und ebenso bei der Ablieferung ist eine grosse Schnelligkeit im Interesse des Publicums geboten. Die Schnelligkeit erschwert aber die Anwendung der sonst üblichen Vorsichtsmassregeln, namentlich des Cartirens der einzelnen Gepäckstücke, und dadurch wird es den Bahnverwaltungen schwierig, sobald längere Zeit vorübergegangen ist, deroutirte Gepäckstücke zu verfolgen. Eine Beschränkung der Haftpflicht insofern, als der Gepäckinteressent verpflichtet wird, binnen kurzer Zeit seine Reclamationen geltend zu machen, ist daher nicht unbillig. Unbillig ist aber die Kürze der Zeit, welche in einigen Reglements aufgestellt ist“ (aufgestellt war) [11]).

Aus diesen Gründen ist der Eisenbahn die unter Nr. 2 erwähnte Vereinbarung nachgelassen, die Frist aber auf mindestens drei Tage festgestellt. Es liegt hier eine wirkliche Ausnahme von Art. 423 vor.

Die Abforderung des Gepäcks binnen einer bestimmten Frist bildet die Voraussetzung der Geltendmachung des Anspruchs aus Art. 395, insofern das Gut nicht ausgeantwortet ist und für verloren erklärt wird. Nicht aber kann die Abforderung als Bedingung der Entstehung dieses Anspruchs gedacht werden [12]). Wird die Eisenbahn später in Anspruch genommen, so kann sie sich jeder Rechenschaftsablegung entschlagen [13]), §. 7.

10) Protok. S. 5010 f.

11) Des Verfasssers „das Handelsgesetzbuch und die Eisenbahnen“ S. 31 f.

12) Koch, Commentar zu diesem Artikel Note 80 mit Bezugnahme auf eine Stelle der Protokolle.

13) v. Kräwel, Commentar Note 3 zu diesem Artikel, bemerkt: „Diese Befreiung der Eisenbahnverwaltung von dem Anspruch tritt nur ein, wenn das Gepäck wirklich verloren gegangen ist. Sonach wird die Eisenbahn den Verlust, nicht aber der Reisende das Vorhandensein des Gepäcks zu beweisen haben.“ Ebenso Brix. — Wäre diese Ansicht richtig, so würde der Vortheil der Clausel fast ganz

Art. 425. nicht aber kann sie sich auf die vorliegende Bestimmung berufen, wenn ihr bewiesen wird, dass der Verlust durch ein Ereigniss erfolgt sei, welches von ihr zu vertreten ist, und dessen Wirkungen, auch wenn die Abforderung rechtzeitig geschehen sein würde, doch nicht mehr hätten abgewendet werden können; ebensowenig, wenn das Gut als nicht verloren nachgewiesen und mit der Contractsklage oder mit der Vindication die Herausgabe verlangt wird.

Auf die Haftung für Beschädigungen bezieht sich die Bestimmung nicht [14]) und es ist eine Argumentation vom Grösseren aufs Kleinere in dieser Hinsicht unzulässig [15]). In diesem Sinn ist daher auch die Bestimmung des citirten Vereins-Personen-Reglements §. 29 c Abs. 1 zu verstehen [16]).

Art. 426.

Art. 426. In Ansehung der Güter, welche nach ihrer natürlichen Beschaffenheit bei dem Transport regelmässig einen Verlust an Gewicht oder an Mass erleiden, kann bedungen werden, dass bis zu einem im Voraus bestimmten Normalsatz für Verlust an Gewicht oder Mass nicht gehaftet werde. Der Normalsatz muss, im Fall mehrere Stücke zusammen transportirt worden sind, für jedes einzelne Stück besonders berechnet werden, wenn das Gewicht oder Mass der einzelnen Stücke im Frachtbrief verzeichnet oder sonst erweislich ist.

Die hier bezeichnete Bestimmung kann nicht geltend gemacht werden, wenn nachgewiesen wird, dass der Verlust nach den Umständen des Falls nicht in Folge der natürlichen Beschaffenheit des Guts entstanden ist, oder dass der bestimmte Normalsatz dieser Beschaffenheit oder den sonstigen Umständen des Falls nicht entspricht.

Monitum 450 (Art. 396 Abs. 2 Nr. 2). 451. 453 (Nr. 7). — Protok. S. 4700 (Art. 398). 4785 f. 4789 bis 4795. 5122.

illusorisch sein. Deshalb ist auch nicht anzunehmen, dass sie von den Parteien in diesem Sinn aufgefasst und dass sie vom Gesetzgeber nur in diesem Sinn zugelassen werde.

[14]) Auf die Geltendmachung derselben findet Art. 408 Anwendung.

[15]) Die Vorenthaltung des beschädigten Gepäckstücks (um für die Beschädigung nicht aufkommen zu müssen) auf Grund der vorliegenden Bestimmung würde sich daher als Unterschlagung darstellen.

[16]) „Die Verwaltung ist von jeder Verantwortlichkeit für Reisegepäck frei, wenn es nicht innerhalb dreier Tage nach Ankunft des Zugs auf der Bestimmungsstation abgefordert wird."

Unser Artikel enthält nicht, wie Koch [1]) annimmt, eine Ergänzung des Art. 424 Nr. 4. Jedenfalls wäre, wenn beide Bestimmungen von denselben Gütern handelten, unsere Bestimmung völlig überflüssig, da die Befugniss, die gedachte Verabredung zu treffen, als ein Minus der in jener Stelle den Eisenbahnen zugestandenen erscheinen würde. Art. 424 Nr. 4 handelt von ausserordentlichen Gefahren, welchen gewisse Güter vermöge ihrer besonderen Beschaffenheit ausgesetzt sind. Dies geht insbesondere aus den beigefügten Beispielen hervor: Bruch, aussergewöhnliche Leckage. Unsere Bestimmung dagegen handelt von dem bei Transporten gewisser Güter regelmässig vorkommenden Verlust (Gewichts- und Massdefecte). **Art. 426. §. 1.**

Für solche Verluste an Gewicht und Mass, welche Güter nach ihrer natürlichen Beschaffenheit beim Transport regelmässig erleiden, haftet der Frachtführer nicht (Art. 395). Er hat also den Eintritt dieses Verlustes zu beweisen. Weil dieser Beweis sehr lästig sein kann, kommen die Parteien häufig überein, dass ein gewisser Procentsatz als muthmasslicher Betrag derartigen Verlustes angenommen werde. Hat der Verlust diesen Normalsatz nicht überstiegen, so hat der Frachtführer einen Beweis, dass der Schade aus der natürlichen Beschaffenheit entstanden sei, nicht mehr zu führen, der Absender kann aber den Beweis übernehmen, dass der Schade aus einer anderen Ursache entstanden sei, bez. dass er nicht oder nicht in dem behaupteten Umfang aus der natürlichen Beschaffenheit habe entstehen können. Andererseits ist dem Frachtführer der Beweis nicht abgeschnitten, dass der aus der natürlichen Beschaffenheit der Güter hervorgegangene Verlust den verabredeten Procentsatz überstiegen habe. §. 2.

Zur Verabredung einer derartigen Präsumtion autorisirt der Artikel die Eisenbahnen.

Absatz 1. Der Normalsatz muss — — für jedes einzelne Stück besonders berechnet werden. Diese Bestimmung ist zwar selbstverständlich, wurde aber deswegen aufgenommen, weil „es nicht selten vorgekommen sei, dass, wenn z. B. eine in Säcken verpackte Waare, welche ihrer Natur nach einem Gewichtsverlust auf dem Transport unterworfen sei, der Eisenbahn zum Transport übergeben gewesen und die Eisenbahnverwaltung für gewisse Procente dieses Gewichtsverlusts vertragsmässig nicht zu haften gehabt habe, bei einzelnen Stücken ganz erhebliche Verluste an dieser Waare eingetreten seien und die Eisenbahnverwaltung dennoch jeden Ersatz hierfür mit dem Bemerken abgelehnt habe, dass der Verlust noch bei Weitem nicht die Procentsätze übersteige, §. 3.

[1]) Goldschmidt's Zeitschrift Bd. X, S. 86.

Art. 426. von deren Ersatz sie frei sei, indem sie die betreffenden Procente von dem ganzen verladenen Quantum der fraglichen Waare berechnet habe. Durch Anwendung desselben Verfahrens würden die Eisenbahnverwaltungen es sogar rechtfertigen können, wenn von hundert Stücken einer solchen Waare eines ganz abhanden gekommen sei und gar nicht abgeliefert werde, obschon offenbar ein solcher Verlust keine Folge der natürlichen Beschaffenheit der fraglichen Waare sein könne. Solchen Ausschreitungen solle der in Rede stehende Satz entgegentreten." Protok. S. 4789.

§. 4. Durch **Absatz 2** wird jeder zur Zerstörung der Wirkung der verabredeten Präsumtion geeignete Beweis offen gehalten [2]). Dieser Beweis kann sich darauf richten, dass der Verlust aus einer bestimmten vom Frachtführer zu vertretenden Ursache entstanden sei, ferner darauf, dass derselbe nicht, bez. nicht im verabredeten Umfang aus der natürlichen Beschaffenheit des Guts entstanden sein könne. Dieser Beweis aber kann entweder gerichtet sein auf die Unmöglichkeit des Eintritts eines Verlusts der fraglichen Art überhaupt, z. B. des Gewichtsverlusts bei Eisen, oder darauf, dass ein solcher Verlust nur unter ganz besonderen Voraussetzungen, z. B. grösste Hitze oder Kälte, eintreten könne, diese aber in concreto nicht vorhanden gewesen seien, oder darauf, dass durch die concreten Umstände die Möglichkeit des fraglichen Verlusts ausgeschlossen gewesen sei, z. B. das Wetter sei während des Transports fortdauernd so feucht gewesen, dass keine Gewichtsverminderung durch Eintrocknen möglich gewesen oder durch sorgfältige Verpackung sei die Einwirkung der Hitze ausgeschlossen gewesen, oder die Transportstrecke sei so kurz, dass auf derselben auch unter ungünstigsten Umständen der Verlust nicht in Folge der natürlichen Beschaffenheit des Guts habe eintreten können [3]).

[2]) Die oben (Bemerkungen zu Art. 424 Note 21) erwähnten Zweifel können hier nicht eintreten. Ist in der verabredeten Präsumtion selbst ein beschränkendes Moment nicht aufgenommen, so gilt sie allgemein und es ist Sache des Absenders, Momente, durch welche sie zerstört wird, anzuführen und zu erweisen.

[3]) Vereins-Güter-Reglement §. 22 Nr. 8. „Gewichtsmängel werden nicht vergütet, soweit für die ganze durchlaufene Strecke das Fehlende bei trockenen Gütern nicht mehr als 1 Procent, bei nassen Gütern, welchen geraspelte und gemahlene Farbehölzer, Rinden, Wurzeln, Süssholz, geschnittener Taback, Fettwaaren, Seifen und harte Oele, frische Früchte, frische Tabacksblätter, Schafwolle, Häute, Felle, Leder, gebackenes und getrocknetes Obst (andere dahin zu rechnende Gegenstände müssen in den besonderen Vorschriften namhaft gemacht sein) gleich behandelt werden sollen, nicht mehr als 2 Procent des im Frachtbrief angegebenen, bez. durch die Absendestation festgestellten Gewichts beträgt. Dieser Procentsatz wird, im Fall mehrere Stücke zusammen auf einen Frachtbrief transportirt worden sind, für jedes Stück besonders berechnet, wenn das Gewicht oder das Mass der einzelnen Stücke im Frachtbrief verzeichnet oder sonst erweislich ist.

Die vorstehend gedachte Befreiung von der Haftpflicht tritt nicht ein, wenn und soweit nachgewiesen wird, dass der Verlust etc. (wie im Artikel).

Es bleibt jedoch den einzelnen Verwaltungen vorbehalten, bei solchen Gütern,

Art. 427.

Es kann bedungen werden: **Art. 427.**

1) dass der nach Art. 396 der Schadensberechnung zu Grunde zu legende Werth den im Frachtbrief, im Ladeschein oder im Gepäckschein als Werth des Guts angegebenen Betrag und in Ermangelung einer solchen Angabe einen im Voraus bestimmten Normalsatz nicht übersteigen soll;

2) dass die Höhe des nach Art. 397 wegen verspäteter Lieferung zu leistenden Schadensersatzes den im Frachtbrief, im Ladeschein oder im Gepäckschein als die Höhe des Interesses an der rechtzeitigen Lieferung angegebenen Betrag und in Ermangelung einer solchen Angabe einen im Voraus bestimmten Normalsatz, welcher auch in dem Verlust der Fracht oder eines Theils derselben bestehen kann, nicht übersteigen soll.

Im Fall einer böslichen Handlungsweise der Eisenbahnverwaltung oder ihrer Leute kann die Beschränkung der Haftpflicht auf den Normalsatz oder den angegebenen Werth des Guts nicht geltend gemacht werden.

Monita 450 (Art. 396 Abs. 2 Nr. 1). 451. 452 (Art. 397). 453 (Nr. 6). Protok. S. 4700 (Art. 396). 4779 bis 4784. 5112 bis 5115. 5122 f.

Absatz 1. Die Verabredungen, zu welchen in diesem Artikel die Eisenbahnverwaltungen für befugt erklärt werden, haben ihre Bedeutung in der damit verbundenen Berechnung der Fracht nach der Höhe der als Maximum des, sei es bei Verlust und Beschädigung des Frachtguts, sei es bei Verspätung der Ablieferung, zu ersetzenden Betrags angegebenen Summe — in dem sogenannten Frachtzuschlagsystem [1]). §. 1.

welche vom Versender selbst verladen oder vom Empfänger abgeladen werden, höhere Procentsätze als 2 Procent nach Massgabe der Beschaffenheit der einzelnen Artikel festzusetzen, bis zu welchen eine Vergütung für Gewichtsmängel nicht stattfinden soll."

[1]) Ueber die innere Rechtfertigung dieses Systems s. des Verfassers „das deutsche Handelsgesetzbuch und die Eisenbahnen" §. 5 bis 11, §. 22. — S. a. Bremer Handelsblatt Nr. 440, 1860, 17. März. — Die Denkschrift einer Commission des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltung von 1859 sagt S. 18 darüber Folgendes: „Die so sehr angefochtene Bestimmung des Güterreglements, dass in der Regel keine höhere Entschädigung als 20 Thlr. pro Centner gezahlt wird, ist genau genommen nichts als eine in den Befugnissen der Verwaltungen liegende Tarifbestimmung. — — Dieselben wollen, zumal im durchgehenden Verkehr, theuere Gegenstände, bei denen sie mehr Gefahr laufen und welche eine höhere Fracht tragen können, nicht

Art. 427. §. 2.

Zu Nr. 1. Ist, wie das regelmässig der Fall, in dem Frachtbriefsformular ein bestimmter Ort für die betreffende Declaration angegeben [2]), so ist die Verzeichnung des Werths an einer anderen Stelle nur dann wirksam, wenn nachgewiesen wird, dass die Eisenbahnverwaltung sie als eine ihr gegenüber abgegebene Declaration aufgefasst hat oder auffassen musste [3]).

für denselben Satz befördern als wohlfeile. Der deshalb zu erhebende Frachtzuschlag ist allgemein auf einen bestimmten Procentsatz vereinbart und ganz mässig. Wer die Verwaltungen von der besorgten Gefahr befreit, indem er auf höhere Entschädigung verzichtet, dem wird die theuerste Waare so billig befördert als die wohlfeilste; aus der Nichtdeclaration des Werths, aus der darin liegenden Entziehung der höheren Fracht, folgt Verzichtleistung auf den höheren Schadensersatz. — — Das Raisonnement, dass die Verwaltungen dasjenige, was sie gegen Zahlung leisteten, auch ohne solche zu prästiren im Stande wären, ist nicht stichhaltig. Denn auf hoch declarirte Sachen lässt sich eine besondere Aufmerksamkeit wenden, welche auf alle Güter ohne Ausnahme unmöglich verwendet werden kann.

2) Das Reglement für den Vereinsgüterverkehr §. 23 Nr. 2 lautet: „Zum Zweck der Beschädigungsberechnung wird jedoch der gemeine Handelswerth, beziehungsweise der gemeine Werth nicht höher als 20 Thlr. pro Centner angenommen, insofern ein höherer Werth nicht ausdrücklich auf dem Frachtbrief an der dazu bestimmten Stelle declarirt wird.“ Das Thüringische Reglement enthält an derselben Stelle den Zusatz: „Diese Werthsangabe wird nur dann als verbindlich angesehen, wenn sie auf der Rückseite des Frachtbriefs an der für die Werthsdeclaration bestimmten Stelle mit Buchstaben eingeschrieben ist.“

In einem in Busch's Archiv Bd. VI, S. 96 angeführten Rechtsfall enthielt der Frachtbrief zwei Colonnen, deren eine mit „valeur“ überschrieben nach der Behauptung der beklagten Eisenbahnverwaltung die Bestimmung hatte, die von der Zollbehörde verlangte Werthsdeclaration zu enthalten, während die andere, „valeur assurée“ überschrieben, für die Declaration der Eisenbahn gegenüber dienen sollte. Erstere war ausgefüllt, letztere nicht. Das Appellationsgericht in Köln wies das Anerbieten der Beklagten, die behauptete Bestimmung der Colonne zu erweisen, „als unerheblich zurück, weil das Gesetz keine speciellen Vorschriften über die Art und Weise der Werthsangabe ertheilt habe und den Absender zur Versicherung des angegebenen Werths nicht verpflichte.“ So richtig die letzte Bemerkung ist, erscheint doch das Erkenntniss m. A. nicht gerechtfertigt. Ergab sich aus dem Beweis, dass der Absender die Bestimmung der Colonne kannte oder kennen musste, so konnte er nur dann auf die höhere Ersatzsumme Anspruch machen, wenn er am gehörigen Ort den Werth declarirt hatte. Der Beweis erschien daher nicht als unerheblich.

In den reglementarischen Bestimmungen für den belgisch-deutschen Güterverkehr via Deutz-Giessen vom 1. November 1866 Art. 12 (gleichlautend Reglement des französisch-deutschen Güterverkehrs etc. vom 1. Januar 1866) ist bestimmt: „Der Werth des Guts muss der Zollbehandlung halber jedesmal in dem Frachtbrief angegeben werden; bei Sendungen aus Deutschland wird das Gut aber erst dann als versichert betrachtet, wenn dessen Werth an der im Frachtbrief für Werthversicherung vorgesehenen Stelle ausdrücklich in Worten vorgeschrieben ist.

Dagegen wird jede Sendung aus Belgien (aus Frankreich) als versichert erachtet, wenn nicht der Frachtbrief ausdrücklich das Gegentheil bestimmt und wird daher die Versicherungsprämie erhoben.“ (Sollte das citirte Urtheil auf diese Verschiedenheit der Bestimmung influirt haben?)

3) Dies kann namentlich dadurch evident sein, dass der betreffende Frachtzuschlag berechnet oder dessen Zahlung angenommen wurde.

Normalsatz, s. Note 2. Art. 427. §. 3.

Zu Nr. 2. Soweit der Transport auf der eigenen Bahnstrecke in Frage kommt, kann die Bahn die vorgängige Taxirung des durch verspätete Lieferung entstehenden Schadens nicht zurückweisen. Dagegen ist sie nicht verpflichtet, eine solche Declaration auch dann anzunehmen, wenn die Beförderung im Vereinsverkehr verlangt wird [4]). Im neuesten Vereinsreglement [5]) ist eine solche Zurückweisung ausgesprochen und damit allerdings der Vortheil, welcher durch die vorliegende Bestimmung beabsichtigt war, zum grossen Theil illusorisch gemacht worden.

Normalsatz. Als solcher wird regelmässig der Betrag der Fracht oder eines Theils derselben verabredet (s. Note 5).

Absatz 2. Bösliche Handlungsweise, d. h. dolus und die diesem gleichstehende culpa lata. S. o. Bemerkungen zu Art. 396 §. 7. §. 4.

Obgleich, wie aus der verhältnissmässig grossen Anzahl der an verschiedenen Orten mitgetheilten Präjudicien hervorzugehen scheint, die Frage, ob bösliche Handlungsweise vorgelegen habe, sehr häufig ventilirt wird [6]), so ist doch nicht möglich, selbst nur Anhaltspunkte zur Entscheidung dieser Frage zu geben, die lediglich nach den Umständen des einzelnen Falls zu treffen ist.

Art. 428.

Es kann bedungen werden, dass nach erfolgter Empfangnahme des Guts und Bezahlung der Fracht jeder Anspruch wegen Verlustes an dem Gut oder wegen Beschädigung desselben auch dann, wenn dieselben bei der Ablieferung nicht erkennbar waren und erst spä- Art. 428.

4) S. Bemerkungen zu Art. 422 §. 2.

5) §. 25 des Reglements von 1862 hatte die Zulässigkeit der Declaration des Interesse der verspäteten Lieferung anerkannt. Im neuesten Reglement dagegen lautet dieser Paragraph:

„Der von der Eisenbahn zu leistende Ersatz des durch Versäumung der Lieferungszeit entstandenen, von dem Entschädigungsberechtigten nachzuweisenden Schadens soll, im Fall die Versäumniss nicht mehr als 24 Stunden beträgt, den Betrag der halben Fracht, und im Fall längerer Versäumniss als 24 Stunden, den Betrag der ganzen Fracht nicht übersteigen.

Will der Versender einen darüber hinausgehenden Schadensersatz durch Declaration eines bestimmten Betrags, als die Höhe seines Interesse an der rechtzeitigen Lieferung sich sichern, so hat er das Gut zum Transport im Localverkehr der Verwaltung der Absendestation unter den für diese erlassenen reglementarischen Bestimmungen aufzugeben (s. §. 3).“

Ueber die damit zusammenhängende Abänderung des §. 3 s. Bemerkungen zu Art. 422 §. 2.

6) Eine Anzahl von Erkenntnissen ist in Koch's angeführter Abhandlung §. 5 Note 6 ff. (Goldschmidt's Zeitschrift Bd. X, S. 95 ff.) mitgetheilt. S. noch Busch's Archiv Bd. X, S. 287. 388.

Art. 428. ter entdeckt worden sind (Art. 408 Abs. 2), erlischt, wenn der Anspruch nicht binnen einer bestimmten Frist nach der Ablieferung bei der Eisenbahnverwaltung angemeldet worden ist.

Die Frist darf nicht kürzer als vier Wochen sein.

Protok. S. 4701 (Art. 400 b). 5025 bis 5029. 5123.

Der Antrag: „für die Verjährung der Klage aus dem Frachtgeschäft können beim Transport auf Eisenbahnen auch andere Fristen als die gesetzlichen (Art. 363. 381 des Entwurfs II. Lesung = Art. 386. 408 des Gesetzbuchs) im Vertragsweg festgesetzt werden", wurde, insofern er die Einräumung einer besonderen Befugniss zur vertragsmässigen Abkürzung der eigentlichen Verjährungsfristen bezweckte, abgelehnt. Man erkannte im Geschäftsbetrieb der Eisenbahnen keine besonderen Gründe für eine solche Ausnahmsbestimmung. Dagegen wurde bei Gelegenheit dieses Antrags erörtert, ob nicht die Beschränkung der Vertragsfreiheit der Eisenbahn auch auf die im zweiten Absatz des Art. 408 enthaltene Bestimmung auszudehnen sei [1]). Diese Erörterung führte zur Aufnahme des Citats des Art. 408 in Art. 423 und zur Feststellung der in unserem Artikel nachgelassenen Ausnahme von dem dadurch anerkannten Grundsatz [2]).

Verlustes an dem Gut. Auf den totalen Verlust des Guts bezieht sich der Artikel, welcher ja die erfolgte Empfangnahme des Guts zur Voraussetzung hat und sich an Art. 408 Abs. 2 anschliesst, nicht. Um die Rechte des Absenders in diesem Fall zu wahren, ist die Aufstellung einer Reclamationsfrist nicht zulässig. Hier ist lediglich Art. 408 Abs. 2 massgebend.

Art. 429.

Art. 429. Wenn eine Eisenbahn das Gut mit einem Frachtbrief übernimmt, nach welchem der Transport durch mehrere sich an einander anschliessende Eisenbahnen zu bewirken ist, so kann be-

[1]) Im Art. 367 des Entwurfs II. Lesung war der dem Art. 408 entsprechende Art. 381 nicht citirt. In Bezug auf Abs. 3 dieses Artikels war dies ohne Bedeutung, weil ja die vertragsmässige Abkürzung der Verjährungsfristen ohnedies unzulässig ist.

[2]) Das Vereins-Güter-Reglement enthält in §. 19 Abs. 2 eine dem Artikel sich anschliessende Vertragsbestimmung, wonach der Anspruch spätestens innerhalb vier Wochen schriftlich anzumelden ist.

dungen werden, dass nicht sämmtliche Eisenbahnen, welche das Gut mit dem Frachtbrief übernommen haben, nach Massgabe des Art. 401 als Frachtführer für den ganzen Transport haften, sondern dass nur die erste Bahn und diejenige Bahn, welche das Gut mit dem Frachtbrief zuletzt übernommen hat, dieser Haftpflicht für den ganzen Transport unterliegt, vorbehaltlich des Rückgriffs der Eisenbahnen gegen einander, dass dagegen eine der übrigen, in der Mitte liegenden Eisenbahnen nur dann als Frachtführer in Anspruch genommen werden kann, wenn ihr nachgewiesen wird, dass der Schade auf ihrer Bahn sich ereignet hat. **Art. 429.**

Monita 450 (Art. 397). 451 c. 454 Nr. 3. — Protok. S. 4702 (Art. 402). 5030 bis 5037. 5115 f. 5123 f.

Wenn der Transport eines Guts von mehreren Eisenbahnen auf Grund eines Frachtbriefs übernommen wird, so haften nach Art. 401 alle diese Eisenbahnen solidarisch für den ganzen Transport und können nach Art. 423 diese Haftung nicht ablehnen oder modificiren. Unser Artikel beschränkt jedoch dieses Verbot dahin, dass nur die erste und die letzte Bahn unbedingt zu haften haben, gestattet aber den in der Mitte liegenden Bahnen die Vertragsfreiheit insoweit, als sie die Haftung für den Fall ablehnen können, dass ihnen nicht nachgewiesen wird, dass der Schade auf ihrer Bahn sich ereignet hat [1]). §. 1.

Anschliessende. Auf eine Beanstandung dieses Worts wegen seiner Unbestimmtheit wurde erwidert: „Es komme weder darauf an, dass die Schienengeleise beider Bahnen in einander liefen, noch darauf, ob die Weiterbeförderung des Guts bis zur unmittelbaren Uebergabe an die nächste Eisenbahn in einem und demselben Eisenbahnbetrieb statthabe, gleichviel welcher Mittel sich die Bahnverwaltung bediene, um das Gut von ihren Schienen auf die der anderen Bahnen zu bringen; der Ausdruck „anschliessend“ habe eine juristische Bedeutung und beziehe sich auf die an einander schliessende Haftbarkeit der Bahnverwaltungen.“ Protok. S. 5115.

Diejenige Bahn, welche das Gut mit dem Frachtbrief zuletzt übernommen hat; also die abliefernde Bahn, wenn es sich um Ersatz für Beschädigung des abgelieferten Guts handelt; ist das Gut nicht abgeliefert, diejenige Bahn, welche das Gut mit Frachtbrief zuletzt in Hän- §. 2.

[1]) Vereins-Güter-Reglement §. 17 schliesst sich an die Fassung des Artikels an.

Art. 429. den gehabt hat, mithin möglicher Weise auch eine in Betreff des ganzen beabsichtigten Transports als **Zwischenbahn** erscheinende Bahn. Nimmt der Absender (bez. Empfänger) eine solche in Anspruch, so hat er zu beweisen, dass Gut und Frachtbrief an sie gekommen, nicht aber, dass es von ihr an die nachfolgende Bahn nicht abgeliefert worden sei. Diese Ablieferung hat die Bahn zu beweisen. Auf die Beschaffenheit des abgelieferten Guts braucht sie sich jedoch nicht einzulassen.

Vorbehaltlich des Rückgriffs der Eisenbahnen gegen einander. Die Wahrung der Rechte der einzelnen Bahn bildet keinen Theil der Verabredung mit dem Absender, und es könnte den Bahnen freistehen, den Rückgriff vertragsmässig auszuschliessen. Daher erscheint die Aufnahme dieses lediglich die Rechtsverhältnisse des mehrere Eisenbahnen unter einander betreffenden Satzes in dem vorliegenden Artikel nicht correct [2]). Sie erklärt sich aus dem Bestreben, ein etwa mögliches Missverständniss fernzuhalten, als bezöge sich der Artikel auch auf jene Rechtsverhältnisse.

Art. 430.

Art. 430. Wenn eine Eisenbahn das Gut mit einem Frachtbrief zum Transport übernimmt, in welchem als Ort der Ablieferung ein weder an ihrer Bahn noch an einer der sich an sie anschliessenden Bahnen liegender Ort bezeichnet ist, so kann bedungen werden, dass die Haftpflicht der Eisenbahn oder der Eisenbahnen als Frachtführer nicht für den ganzen Transport bis zum Ort der Ablieferung, sondern nur für den Transport bis zu dem Ort bestehe, wo der Transport mittelst Eisenbahn enden soll; ist dies bedungen, so treten in Bezug auf die Weiterbeförderung nur die Verpflichtungen des Spediteurs ein.

Monitum 450 (Art. 397). Protok. S. 4702 (Art. 402). 5030 bis 5037. 5116. 5123.

Auch die in diesem Artikel nachgelassene Verabredung enthält eine Modification der durch Art. 401 begründeten Verpflichtung des früheren Frachtführers für den späteren, welchem er das Gut zur theilweisen Ausführung des von ihm übernommenen Transports übergiebt. Dass die

[2]) Correcter behandelt das Vereins-Güter-Reglement diesen Punkt, indem es in §. 17 dem Abs. 1, in welchem es die die Haftpflicht beschränkende Clausel aufstellt, einen zweiten Absatz folgen lässt: „Der den Eisenbahnen unter einander zustehende Rückgriff wird dadurch nicht berührt."

erste, bez. die spätere Eisenbahn den Transport auch bis zu dem nicht an einer Eisenbahn liegenden Bestimmungsort übernommen habe, würde ohne besondere Verabredung daraus folgen, dass dieser Ort im Frachtbrief, auf Grund dessen contrahirt worden ist, als Bestimmungsort bezeichnet ist. Eine solche die Uebernahme bis zu diesem Punkt ausschliessende Verabredung ist durch die vorliegende Bestimmung den Eisenbahnen nachgelassen [1]). Art. 430.

Die Verpflichtungen des Spediteurs, nicht auch die besonderen Berechtigungen. Die Eisenbahn kann ohne besondere Stipulation im vorliegenden Fall für die Besorgung der Weiterbeförderung keine Provision beanspruchen.

Art. 431.

Ist von dem Absender auf dem Frachtbrief bestimmt, dass das Gut an einem an der Eisenbahn liegenden Ort abgegeben werden oder liegen bleiben soll, so gilt, ungeachtet im Frachtbrief ein anderweitiger Bestimmungsort angegeben ist, der Transport als nur bis zu jenem an der Bahn liegenden Ort übernommen, und die Bahn ist nur bis zur Ablieferung an diesem Ort verantwortlich. Art. 431.

Monitum 450 (Art. 397). — Protok. S. 4702 (Art. 402). 5030 bis 5037. 5116. 5124.

Dieser Interpretationssatz entspricht den thatsächlichen Verhältnissen. Er ist besonders aufgenommen, um einer irrthümlichen Anwendung des Art. 401 vorzubeugen [1]).

[1]) Das Reglement des Vereins-Güter-Verkehrs schliesst sich in §. 20 genau an den Artikel an.

[1]) Das Vereins-Güter-Reglement §. 21 stimmt wörtlich mit dem Artikel überein.

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

[illegible], dass die spätere Eisenbahn den Transport auch bis zu dem nicht an der Eisenbahn liegenden Bestimmungsort übernommen habe, würde [illegible] besondere Verabredung darum liegen, dass dieser Ort im Frachtbrief als Bestimmungsort angegeben worden sei; die Rechtsvermuthung [illegible] [illegible] die Uebernahme bis zu diesem Punkt [illegible] Verabredung [illegible] durch die vorliegende Bestimmung den Verhältnissen nachgeholfen. Art. 130.

Die Vorschrift [illegible] Eisenbahn [illegible] ohne besondere [illegible] nur [illegible] die Erfüllung der Weiterbeförderung keine Provision beanspruchen.

Art. 131.

Ist von dem Absender auf dem Frachtbrief bestimmt, dass das Gut auf einem an der Eisenbahn liegenden Ort abgegeben werden Art. 131.
oder liegen bleiben soll, so gilt, ungeachtet im Frachtbrief ein anderer weiterer Bestimmungsort angegeben ist, der Transport als nur bis zu jenem an der Bahn liegenden Ort übernommen, und die Eisenbahn nur bis zur Ablieferung an diesem Ort verantwortlich.

Nürnberg [illegible] Prot. S. [illegible] (Art. 403, [illegible]) [illegible] 512.

Gemäss Interpretation [illegible] den Verhältnissen, [illegible] Anwendung des Art. 401 vorzubeugen.[2]

[1] [illegible]
[2] Das [illegible] Reglement § [illegible] [illegible] mit dem Artikel überein.

Staatsbibliothek München

Sachregister

des

ersten und zweiten Bandes.

Die Zahlen bedeuten die Artikel des Handelsgesetzbuchs und die dazu gehörenden Bemerkungen (Commentar). Die Paragraphenzahlen beziehen sich auf die Bemerkungen. Die Vorbemerkungen sind nach Band und Seitenzahl (in Cursivschrift) citirt.

A.

Abfassung, gerichtliche oder notarielle, erforderlich bei Errichtung, Abänderung, Aufhebung des Gesellschaftsvertrags der Commanditgesellschaften auf Actien und der Actiengesellschaften 174. 198. 203. 208. 214. 242.
schriftliche nicht erforderlich zur Gültigkeit der Verträge bei Handelsgeschäften 317; desgl. des Gesellschaftsvertrags der offenen Handelsgesellschaft 85; der Commanditgesellschaft 150; der stillen Gesellschaft 250; der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften 266; bei Faustpfandbestellung 309; Verabredung der Schrift 317 §. 3.
erforderlich s. gerichtliche Errichtung. Actienzeichnung 174. 208.
Wirkung der schriftlichen Pfandbestellung 310. 311.
Verabredung der Schrift 317 §. 3.
Abgehen vom Vertrag 354 bis 357. 359.
Ablehnung eines Antrags 322. 323.
Abnahme, Kosten derselben trägt der Käufer 351.
Abschliessung von Handelsgeschäften, davon handelt Buch IV, Titel 1, Abschnitt 3.
Abschliessung für andere Personen 272 §. 16.
Abschluss des Vermögens 29, der laufenden Rechnung 291.
Absender im Gegensatz zum Versender 391 §. 4.
Absonderungsrecht der Gesellschaftsgläubiger, der Privatgläubiger der Gesellschafter 122. 169.
Absolute Handelsgeschäfte Bd. II, S. *2*. 271.

Abtreten der Forderung. Lex Anastasiana aufgehoben 299. Abtreten der Forderungen des Commissionärs 368.

Abwesende. Handelsmäkler dürfen von ihnen keine Aufträge annehmen 69 Nr. 6; Vertragsabschluss unter ihnen 319 bis 323.

Acceptation s. Annahme.

Actien gehören zu den Werthpapieren 271 §. 7; sind untheilbar 182. 207; auf Namen 173. 182. 207. 209. 210. 221. 223; auf Inhaber 207. 209. 210. 222.
Commanditgesellschaft auf Actien s. Commanditgesellschaft.

Actienantheil 182. 207 §. 2.

Actienbuch 182. 183. 223.

Actiengesellschaft. Von A. G., bei welchen der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht (Art. 5) handelt Buch II, Titel 3.
Begriff 207. A. G. ist Kaufmann im Sinn des Gesetzbuchs 5.
Firma 18. 209. 210.
Gerichtliche oder notarielle Abfassung des Gesellschaftsvertrags 208.
Desgl. der Abänderung desselben 214; des Auflösungsbeschlusses 242.
Staatliche Genehmigung erforderlich zur Errichtung 208; zur Fortsetzung, zur Abänderung des Statuts 214; zur Auflösung durch Fusion 247; zur theilweisen Zurückzahlung des Grundcapitals 248; Zurückziehen der Staatsgenehmigung 242 §. 7 bis 9; Landesgesetze können das Erforderniss der Staatsgenehmigung aufheben 249.
Actien und Actienantheile untheilbar 207; Actienzeichnung durch schriftliche Erklärung 208; Inhalt des Gesellschaftsvertrags (Statuts) 209.
Eintragung ins Handelsregister, des Statuts und der Genehmigungsurkunde, des Sitzes und der Zweigniederlassung, Veröffentlichung eines Auszugs 210. 211. 21; desgl. des Beschlusses über Fortsetzung der A. G. und Veränderung des Statuts 214; der Vorstandsmitglieder 228. 233; der Auflösung der Gesellschaft 243. 247 Nr. 4; der theilweisen Zurückzahlung des Grundcapitals 248.
Staatsgenehmigung und Eintragung, Bedingung des Bestandes der Gesellschaft 211 und der rechtlichen Wirksamkeit des Beschlusses über Fortsetzung und Veränderung 214; Wirkung des vorherigen Geschäftsbetriebs 211.
A. G. ist juristische Person, Forum 213.
Abänderung des Gegenstands der Unternehmung, Fusion 215.
Recht des Actionärs am Gesellschaftsvermögen 216.
Zinsenversprechen an Actionäre unwirksam ausser während der Vorbereitung. Vertheilung des Reingewinns. Reservecapital 217.
In gutem Glauben empfangene Zinsen und Dividenden nicht zurückzugeben 218.
Actionär nicht über die Actie beitragspflichtig 219.
Verzugszinsen und Conventionalstrafen bei Nichtanzahlung der Actien 220.
Aufforderung zur Einzahlung 221.
Actien auf Inhaber zulässig 207; Ausgabe derselben, Verpflichtung des Zeichners zur vollen Einzahlung, mindestens bis 40 Procent 222. 249.
Actien auf Namen zulässig 207; übertragbar durch Indossament, Eintragung ins Actienbuch, Verhaftung des Actionärs für volle Einzahlung 223. 182. 183.
Generalversammlung, Organ der Actionäre. Recht zur Theilnahme an derselben 224.
Aufsichtsrath kann bestellt werden. Function desselben 225.

Processführung gegen Vorstand oder Aufsichtsrathsmitglieder. Legitimation 226. 194. 195.
Vorstand vertritt die Gesellschaft gerichtlich und aussergerichtlich. Zusammensetzung des Vorstandes. Widerruflichkeit desselben 227.
Anmeldung der Vorstandsmitglieder zum Handelsregister 228; desgl. jeder Aenderung 233.
Zeichnung des Vorstands 229.
Berechtigung und Verpflichtung durch den Vorstand 230.
Beschränkungen des Umfangs des Vertretungsrechts des Vorstands nach innen wirksam, nach aussen nicht 231.
Eide leistet der Vorstand 232.
Bevollmächtigte und Beamte zum Geschäftsbetrieb und zur Vertretung. Vollmacht derselben 234; die Bestellung eines Procuristen ist zulässig 234 §. 3 bis 7.
Form der Behändigung von Vorladungen und anderen Zustellungen an die Gesellschaft 235.
Generalversammlung. Berufung durch wen 236; Fälle der Berufung 237; Art der Berufung, Bekanntmachen der Tagesordnung 238.
Buchführung, Bilanzirung 239. 249.
Verminderung des Grundcapitals, Ueberschuldung, Concurs 240.
Verpflichtung der Vorstandsmitglieder bei Ueberschreitung ihrer Befugnisse 241.
Auflösung. Vier Gründe. Landesgesetzliche Gründe. Widerruf der Staatsgenehmigung 242.
Eintragung der Auflösung ins Handelsregister, Aufforderung der Gläubiger 243.
Liquidation. Liquidatoren 244.
Vertheilung des Gesellschaftsvermögens unter die Actionäre. Wahrung der Rechte der Gläubiger 245.
Aufbewahrung der Handelsbücher 246.
Auflösung durch Fusion. Wahrung der Rechte der Gläubiger 247.
Theilweise Zurückzahlung des Grundcapitals 248.
Vorbehalt für die Landesgesetze, die Bestimmungen des H.-G.-B. zu modificiren 249.

Actienzeichnung 174. 208.
Actionär s. Actiengesellschaft. Ob der Handelsmäkler Actionär sein darf 69 §. 2.
Administrator Bd. I, S. *152*.
Agenten, verschiedene rechtliche Stellung derselben Bd. I, S. *155*. 272 §. 18.
Allgemeines bürgerliches Recht s. bürgerliches Recht.
Amortisation 305.
Amtliche Stellung des Abschliessenden ohne Einfluss auf die Gültigkeit und Eigenschaft eines Handelsgeschäfts 276.
Analoge Anwendung des H.-G.-B. 1 §. 2.
Anastasiana lex aufgehoben 299.
Anerbieten zum Verkauf, unverbindliches 337.
Anerkennung einer Rechnung 294.
Annahme eines Antrags, Rechtzeitigkeit derselben 319; Widerruf 320; unter Bedingungen und Einschränkungen 322;
einer Anweisung 300. 301;
der Schlussnote 73. 76. 77.
Anonyme Gesellschaft s. Actiengesellschaft.

Anschaffung als Handelsgeschäft 271. 273; kein juristischer Begriff 271 §. 9.
Anstalten, Errichtung von solchen zum Zweck der Abschliessung von Handelsgeschäften ist Kriterium der Gewerbemässigkeit 4 §. 4;
zum Transport von Personen 272 §. 14; von Gütern 421;
zur Aufbewahrung von Waaren, Auslieferungsscheine derselben 302.
Antiquare 10 §. 8. 272 §. 20.
Antrag auf Abschliessung eines Handelsgeschäfts, unter Gegenwärtigen 318;
unter Abwesenden, Zeit des Gebundenseins 319; Widerruf 320;
eines Kaufmanns erlischt nicht mit dessen Tod 297.
Anweisung, Annahme durch einen Kaufmann 300;
an Ordre, Indossabilität, Annahme 301.
Arrha 285.
Assignation s. Anweisung.
Aufsichtsrath der Commanditgesellschaft auf Actien Bd. I, S. *397*. 175 §. 3;
der Actiengesellschaften 225. 226. 231.
Auftrag eines Kaufmanns erlischt nicht mit dessen Tod 297;
an einen Geschäftsfreund, Verpflichtung desselben 323;
gewöhnlicher, s. Commissionsgeschäft.
Ausfallsprobe, Genehmigung derselben 347 §. 17.
Auslagen des Gesellschafters 93 §. 2. 8; eines Kaufmanns, verzinslich 290;
des Commissionärs 371. 374; des Spediteurs 381. 382; des Frachtführers 409.
Auslegung der Handelsgeschäfte 278; der Handlungen 279.
Auslieferungsprovision 371 §. 8.
Auslieferungsschein indossabel 302.
Ausscheiden, Ausschliessen, Austreten eines Gesellschafters 24. 127. 128. 130. 131. 132. 146. 148. 199.
Auszug aus den Handelsbüchern 38; aus den Mäklerbüchern 74. 79.

B.

Banken öffentliche sind Kaufleute 5; Rechte hinsichtlich der Pfandbestellung 312.
Banquiergeschäfte 272 §. 6 bis 10.
Beanstandung einer Waare durch den Käufer, Pflicht zu deren Aufbewahrung 348.
Bearbeitung einer Sache 271 §. 15. 272 §. 3.
Beförderung s. Transport.
Begleitete Güter 424.
Begleitpapiere 393.
Begünstigung eines Absenders durch die Eisenbahn verboten 422.
Beiderseitiges Handelsgeschäft Bd. II, S. *2*.
Bekanntmachung der Eintragung ins Handelsregister s. Handelsregister.
Bemühungen des Handelsgesellschafters für die Gesellschaft unentgeltlich 93.
Beschaffenheit und Güte der Waare 335; natürliche Beschaffenheit des Frachtguts 395. 426.
Besicht, Kauf auf Besicht 339.
Betrieb von Handelsgeschäften, gewerbemässiger s. Kaufmann.
Betrug schliesst rechtliche Vortheile aus 294. 350. 386. 408.
Bevollmächtigte s. Handlungsbevollmächtigte und Bd. I, S. *115*.
Bevormundete Personen, die Verjährung der Klagen gegen einen Gesellschafter läuft auch gegen sie 149.

Beweiskraft von Schuldscheinen und Quittungen nicht von Zeitablauf abhängig 295; der Handelsbücher 34. 35; des Mäklertagebuchs und der Schlussnote 77.

Bilanz, Verpflichtung des Kaufmanns zur jährlichen Anfertigung 29; Form und Inhalt derselben 30 bis 32; der offenen Handelsgesellschaft 107; Bedeutung derselben bei der Commanditgesellschaft 165; bei der Commanditactiengesellschaft 185. 193. 197; bei der Actiengesellschaft 209 Nr. 6. 217. 225. 239; bei der stillen Gesellschaft 253.

Binnengewässer, Transport auf solchen 390 §. 5. 420; Einleitung §. 10.

Bodmerei, Darlehn gegen Verbodmung, absolutes Handelsgeschäft 271 Nr. 4.

Bodmereibrief indossabel 302.

Börse Bd. I, S. *202*.

Börsenordnungen für Börsengeschäfte 331.

Börsenpreis Bd. I, S. *203*. Bd. II, S. *119*. 311. 343. 353. 357. 376.

Bösliche Handlungsweise des Frachtführers 396; der Eisenbahn 427.

Briefe (Handelsbriefe), Verpflichtung zur Aufbewahrung der erhaltenen und Copirung der abgesendeten, Briefcopirbuch 28. 33.

Bruch, Verabredung über Nichthaftung der Eisenbahn für solchen 424 Nr. 4.

Buchdruckereien 272 §. 21.

Buchführung der Kaufleute s. Handelsbücher, der Mäkler s. Handelsmäkler, der Handelsgesellschaften 105. 160. 186. 193.

Buchhandel, Handelsgeschäft 272 §. 18 bis 20.

Buchstäblicher Sinn des Ausdrucks, Interpretationsmittel 278.

Bundesversammlung, Verhandlungen derselben über das H.-G.-B., Einleitung §. 1. 13.

Bürgen haben nicht die Einrede der Theilung und der Vorausklage 281; Handelsmäkler dürfen sich nicht für Erfüllung der von ihnen vermittelten Geschäfte verbürgen 69 Nr. 1.

Bürgerliches Recht als Rechtsquelle des Handelsrechts 1 §. 5.

C.

Capital, die Zinsen können dasselbe übersteigen 293.

Cassirer 49. §. 1.

Cession, lex Anastasiana aufgehoben 299; der Forderungen des Commissionärs an den Committenten 368.

Collectiv-Procura s. Procura, Collectiv-Geschäftsführung der Handelsgesellschafter 100; der Liquidatoren 136. 139.

Collision der Pfandrechte des Frachtführers, Spediteurs, Commissionärs 411.

Commanditgesellschaft, von ihr handelt Buch II, Titel 2; von der C. G. im Allgemeinen Abschnitt 1.

Begriff 150; Unterschied von der stillen Gesellschaft Bd. I, S. *356* ff. Sie ist für die mehreren persönlich haftenden Gesellschafter eine offene Gesellschaft 150.

Firma 17. 168.

Eintragung der Errichtung in das Handelsregister des Gesellschaftssitzes 151; der Zweigniederlassung 152.

Art der Anmeldung 153; Ordnungsstrafen 154; Eintragung der Aenderung der Firma, des Sitzes der Gesellschaft 155; des Eintritts eines neuen Commanditisten 156; des gänzlichen oder theilweisen Ausscheidens eines Commanditisten, der Auflösung der Gesellschaft 171.

Das Rechtsverhältniss der Gesellschafter unter einander normirt durch den Gesellschaftsvertrag 157; subsidiär durch die Bestimmungen über die offene Gesellschaft und die Artikel 157 bis 162.
Geschäftsführung bei den persönlich haftenden Gesellschaftern, Commanditisten ausgeschlossen, haben kein Widerspruchsrecht 158.
Commanditist befugt zum selbständigen Handelsbetrieb 159.
„ erhält jährliche Mittheilung der Bilanz 160.
Verzinsung des Commanditengeldes. Gewinn- und Verlustberechnung und Vertheilung. Am Verlust participirt der Commanditist nur bis zur Höhe seiner Einlagen. Er braucht Gewinn und Zinsen nicht zurückzuzahlen. Gewinn nicht berechnet, so lange Einlage durch Verlust gemindert 161, s. a. 165.
Antheil an Gewinn und Verlust, durch Vereinbarung oder richterliches Ermessen festgestellt 162.
Rechtsverhältniss der C. G. zu dritten Personen Art. 163 bis 169.
Rechtliche Wirksamkeit der C. G. Dritten gegenüber von der Eintragung an, bei vorherigem Geschäftsbetrieb offene Gesellschaft 163.
Erwerb von Rechten und Eingehung von Verpflichtungen unter der Firma. Gerichtsstand 164.
Commanditist haftet für Verlust solidarisch, aber nur bis zu der Höhe seiner Einlage. Einlage kann ihm Dritten gegenüber weder ganz noch theilweis, auch nicht als Gewinn oder Zinsen zurückgegeben werden. In gutem Glauben auf gutgläubig errichteten Bilanz empfangenen Gewinn und Zinsen braucht er nicht herauszugeben 165.
Nur eintretender Commanditist haftet für die Schulden der Gesellschaft 166.
Berechtigung und Verpflichtung der Gesellschaft durch die persönlich haftenden Gesellschafter. Haftung des Commanditisten, der sich als persönlich haftender Gesellschafter gerirt 167.
Haftung des Commanditisten, dessen Name in der Firma steht 168.
Verhältniss der Privatgläubiger eines Gesellschafters zum Gesellschaftsfonds 169.
Auflösungsgründe wie bei der offenen Gesellschaft, nur Tod und Dispositionsunfähigkeit eines Commanditisten kein Auflösungsgrund 170.
Auseinandersetzung, Liquidation und Klagverjährung wie bei der offenen Gesellschaft 172.

Commanditgesellschaft auf Actien: Buch II, Titel 2, Abschnitt 2.
Behandlung dieser Gesellschaft im H.-G.-B. Vorsichtsmassregeln Bd. I, S. *394*.
Begriff 173. Firma 17.
Actien, Promessen, Interimsscheine auf Namen. Inhaberactien nichtig. Nominalbetrag der Actien 173; Actien und Actienantheile untheilbar. Eintragung ins Actienbuch. Uebertragung durch Indossament 182. 183; Verpflichtung zur vollständigen Einzahlung der Actien 184.
Gerichtliche oder notarielle Abfassung und staatliche Genehmigung des Gesellschaftsvertrags 174; der Abänderung desselben 198. 203; Actienzeichnung durch schriftliche Erklärung 174.
Inhalt des Gesellschaftsvertrags (Statuts) 175.
Eintragung ins Handelsregister des Gesellschaftsvertrags und der Abänderung desselben sowie der Genehmigungsurkunde, desgl. der Auflösung der Gesellschaft. Art der Anmeldung, Beifügung von Bescheinigungen 176. 177. 179. 198. 201. 203.

Staatsgenehmigung und Eintragung. Bedingung des Bestands der Gesellschaft 178 und der Wirksamkeit der Abänderung 198; Wirkung des vorherigen Geschäftsbetriebs 178.
Einlage eines Gesellschafters nicht in baarem Geld, Ausbedingung besonderer Vortheile ist nur rechtsbeständig nach qualificirter Beschlussfassung 180.
Antheile der persönlich haftenden Gesellschafter unveräusserlich. Keine Actien darüber ausgegeben 181.
Generalversammlung der Commanditisten übt deren Rechte aus 186; Berufung der Generalversammlung 187 bis 189; Beschlussfassung 180. 190.
Persönlich haftende Gesellschafter, Berechtigung und Verpflichtung der Gesellschaft, Vertretung derselben vor Gericht durch dieselben 196. Sie haben jährlich die Bilanz vorzulegen 185. Solidarische Verpflichtung derselben bei Auszahlungen zum Nachtheil der Gläubiger 204.
Der Commanditist wird nicht verpflichtet durch Geschäftsführung 196.
Aufsichtsrath von mindestens fünf Mitgliedern aus den Commanditisten durch diese zu wählen 175 Nr. 5. 177 Nr. 3. Ueberwachung der Geschäftsführung durch denselben 193. Prüfung der Bilanz, Berichterstattung darüber an die Generalversammlung 185. 193. Er führt die Beschlüsse der Generalversammlung aus 186. Kann dieselbe einberufen 187. Legitimation desselben zur Processführung gegen die persönlich haftenden Gesellschafter 194. Dauer seiner Functionen 191. Den Mitgliedern darf erst nach Ablauf des ersten Geschäftsjahrs eine Vergütung bewilligt werden 192. Solidarische Verpflichtung der Mitglieder bei Auszahlungen zum Nachtheil der Gläubiger 204.
Processführung der Commanditisten gegen die persönlich haftenden Gesellschafter oder den Aufsichtsrath. Intervention eines Commanditisten 194. 195.
Einlage des Commanditisten kann nicht zurückbezahlt werden. Zinsen von derselben dürfen nicht ausgezahlt werden. Vertheilung des Gewinns. Haftung der Commanditisten mit unrechtmässigem, mala fide empfangenen Gewinn. Reservecapital 197.
Theilweise Zurückzahlung des Capitals der Commanditisten nur vermöge staatlich genehmigter Abänderung des Statuts zulässig 203.
Verhältniss der Privatgläubiger eines Commanditisten zum Gesellschaftsfonds 200.
Auflösungsgründe wie bei der offenen Gesellschaft. Tod und Dispositionsunfähigkeit eines Commanditisten kein Auflösungsgrund 200.
Austreten eines persönlich haftenden Gesellschafters unstatthaft, steht der Auflösung gleich 199.
Vertheilung des Gesellschaftsvermögens nach Auflösung, Verfahren dabei 202.
Liquidation, Liquidatoren 205.
Vorbehalt für die Landesgesetze, das Erforderniss der Staatsgenehmigung zur Errichtung der Gesellschaft aufzuheben. Folge einer solchen Aufhebung 206.

Commissionär, Commissionsgeschäft: Buch IV, Titel 3. Commionsgeschäfte sind Handelsgeschäfte 272 Nr. 3.
Begriff des Commissionärs 272 §. 11. 360. 378 §. 3 bis 6.
Pflicht des Commissionärs hinsichtlich der Ausführung der Geschäfte Rechenschaftspflicht 361.
Schadensersatzpflicht des Commissionärs. Recht des Committenten das Geschäft zurückzuweisen 362.

Verkauf unter dem gesetzten Preis 363.
Einkauf über dem gesetzten Preis 364.
Pflicht des Commissionärs zur Wahrung der Rechte des Committenten gegenüber Frachtführer und Schiffer 365.
Recht des Commissionärs das Gut zu verkaufen 365. 366.
Verantwortlichkeit des Commissionärs für das aufbewahrte Gut 367.
Nichtverpflichtung des Commissionärs zur Versicherung, Recht auf Ersatz der Prämie 367 §. 2.
Geltendmachung der Forderungen des Commissionärs durch den Committenten. Verhältniss unter den Parteien 368.
Eigenthumsübergang am Commissionsgut Bd. II, S. *332* bis *338*.
Creditiren des Commissionärs 369.
Einstehen für Erfüllung, del credere 370.
Ersatz des Aufwands des Commissionärs. Zinsen, Provision 290. 371. Auslieferungsprovision 371 §. 8.
Abschluss zu vortheilhafteren Bedingungen 372. Commission nicht Trödelvertrag 372 §. 1.
Commission auf Ankauf eines Wechsels, Pflicht des Commissionärs dabei 373.
Pfandrecht des Commissionärs 306. 374.
Lieferung vom eigenen Lager des Commissionärs. Uebernahme auf eigenes Lager 376.
Widerruf der Commission 377.
Commission bei nicht gewerbemässigem Betrieb 378.
Grundsätze über Commission anwendbar auf Spedition 387.
Der buchhändlerische Commissionär 272 §. 18.

Commissionsbureau 272 §. 18.
Compensation zwischen Gesellschaftsforderungen und Forderungen der Privatgläubiger unstatthaft 121.
Complementar s. stille Gesellschaft.
Concurs, Vorlegung der Handelsbücher dabei 40. Der Gesellschaft, Rechte der Gesellschaftsgläubiger, Zusammentreffen mit den Concursen der Gesellschafter 122 §. 10 bis 18.
Concursverfahren, Ausschluss desselben aus dem H.-G.-B. Einleitung §. 11.
Conferenz zur Ausarbeitung eines Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. Zusammentritt 2. Mitglieder 14.
Conferenzprotokolle s. Protokolle.
Connossement, Indossirung desselben 302. Möglichkeit der Verfügung durch Connossemente für Retention und Pfandrecht der Detention gleichstehend 313. 374. 382.
Consignation s. Commission.
Contocurrent, Zinsen vom Saldo, Rechnungsabschluss jährlich einmal 291. Contocurrentgeschäft 272 §. 7.
Conventionalstrafe 284. 398. 399.
Cours s. Börsenpreis. Ausser Cours setzen von Papieren 271 §. 7.
Courtage, Mäklergebühr s. Handelsmäkler.
Creditiren des Commissionärs 369.
Creditinstitute 312.
Creditpapiere 271 §. 5.
Creditverein 272 §. 10.

D.

Daraufgabe, Arrha 285.
Darlehen, auf deren Aufnahme erstreckt sich die Handlungsvollmacht nicht 47.
— des Kaufmanns verzinslich 290; Höhe der Zinsen 292.
— gegen Verbodmung ist Handelsgeschäft 271 Nr. 4.
Del-credere-Stehen 370.
Depositengeschäft 272 §. 7.
Derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechtes 1 §. 6.
Deutsche Sprache, in dieser muss das Mäklertagebuch geführt werden 72.
Dienste des Kaufmanns, Entgelt dafür 290.
Differenz des Kaufpreises und Marktpreises der Schadensberechnung zu Grunde zu legen 357.
Dingliche Rechte an Waaren, Erlöschen derselben bei Erwerb der Waare durch den gutgläubigen Erwerber; Erwerb der Rechte durch diesen 306.
Disconto, Abzug desselben 334; Discontogeschäft 272 §. 7.
Distanzgeschäft, Genehmigung bei demselben 347.
Dividende 197. 204. 218. 241.
Droit de suite 402 §. 6. Bd. II, S. *463*.
Druckerei, Geschäfte derselben Handelsgeschäfte 272 §. 21.
Durchstreichen der Eintragungen in Handelsbüchern 32.

E.

Edition der Handelsbücher 37. 40.
Effectiv, Clausel bei Verabredung von Münzsorten 336.
Ehefrau s. Handelsfrau.
Eheliche Güterrechte des Kaufmanns, Veröffentlichung derselben Bd. I, S. *34*.
Eid zur Ergänzung des Beweises durch Handelsbücher 34; eidliche Bestärkung des Mäklerbuchs 77; Diensteid des Handelsmäklers 66; Eidesleistung für die Actiengesellschaft durch den Vorstand 232.
Eigenthumserwerb durch den gutgläubigen Erwerber 306; an den Einlagen der Gesellschafter 91.
Eigenthumsübergang am Commissionsgut Bd. II, S. *333* bis *338*.
Einkaufcommission s. Commissionsgeschäft.
Einrede wegen Mängel, Voraussetzung der Geltendmachung 349; der Theilung und Vorausklage 281.
Einseitige Handelsgeschäfte 277, Bd. II, S. *2*.
Eintragung ins Handelsregister s. Handelsregister.
Eisenbahnen s. Frachtgeschäft.
Empfang der gekauften Waare 346.
Empfänger, Terminologie beim Frachtgeschäft 392 §. 2.
Rechtsverhältniss zum Frachtführer 405 §. 7. 415, zum Absender 402 §. 6; Verpflichtung desselben durch Annahme des Guts und Frachtbriefs 406.
Empfangsbekenntniss der Valuta bei Anweisungen etc. und Indossamenten nicht erforderlich 301.
Entfernungen, die am Erfüllungsort geltenden werden präsumirt 336.
Entgangener Gewinn im Schaden inbegriffen 283.

Entwurf eines H.-G.-B. österreichischer und preussischer, Einleitung §. 3, erster, zweiter Lesung, Einleitung §. 4. 5, des Seerechts, Einleitung §. 6.
Erbauung eines Hauses, ist Vertrag darüber Handelsgeschäft? 275 §. 4.
Erbgang, Erwerb eines Handelsgeschäfts dadurch 22.
Erbieten zur Ausrichtung von Aufträgen 323.
Erfüllung der Handelsgeschäfte, davon handelt Buch IV Tit. 1 Abschnitt 1. Theilbarkeit derselben 359.
Erfüllungsort 324 massgebend für Marktpreis 353; für Mass, Gewicht, Münzen, Zeitrechnung, Entfernungen 336.
Erfüllungszeit massgebend für Marktpreis 353. Erfüllung innerhalb eines Zeitraumes 330, zur gewöhnlichen Geschäftszeit 332.
Erlöschen der Firma, der Procura Bd. I S. *40* bis *47*.

F.

Fabrikbetrieb, Grenze zwischen ihm und dem Handwerksbetrieb 10. §. 12. 13. 272. §. 4. 5. 21.
Factor Bd. I, S. *111*.
Factura, Genehmigung derselben 347 §. 20.
Falscher Procurist, Handlungsbevollmächtigter, Bevollmächtigter 55. 298.
Familienname in der Firma 16 §. 4; Gleichheit mit anderen 20 §. 3.
Faustpfand s. Pfandrecht.
Feiertag, Erfüllungstag 329. 330.
Firma (Handelsfirma). Von ihr handelt Buch I, Tit. 3.
Bestimmungen über die F. finden auf manche Classen von Kaufleuten keine Anwendung 10 §. 3.
F. kaufmännischer Name, rechtliche Bedeutung 15 §. 3. 4.
Alte F., Freiheit der Wahl, Wahrheit der F. Bd. I, S. *57* §. 2 bis 4.
Neue Firma des Einzelkaufmanns 16, der Handelsgesellschafter 17. 18.
Personenfirma, Sachfirma 18.
Unterscheidbarkeit der an einem Ort bestehenden Firmen 20.
Alte Firma, Fortführung derselben 22 bis 24.
Veräusserung der Firma mit dem Handelsgeschäft zulässig 22; ohne dasselbe unzulässig 23.
Fortführung bei Eintritt und Austritt eines Handelsgesellschafters 24.
Eintragung ins Handelsregister der Haupt- und der Zweigniederlassung: Annahme, Anordnung, Erlöschen der Firma, Aenderung der Inhaber. Art der Anmeldung. Ordnungsstrafen 19. 21. 25. 26. 168. 251. 257.
Wirkung der Aenderung und des Erlöschens Dritten gegenüber Bd. I, S. *40* ff.
Unbefugte Firmaführung. Untersagung derselben bei Ordnungsstrafen, Schadensersatz 26. 27.
Fixgeschäfte 357.
Flussschifffahrt 390 §. 3. Einleitung §. 10.
Formalitäten bei Abschluss der Verträge nicht erforderlich 317 s. Abfassung.
Frachtbrief s. Frachtgeschäft.
Frachtführer, Geschäfte desselben sind Handelsgeschäfte 272 Nr. 3 s. Frachtgeschäft.
Frachtgeschäft, davon handelt Buch IV, Tit. 5.
Begriff des Frachtführers 272 §. 13. 390.

Der Spediteur, welcher den Transport übernommen, hat die Rechte und Pflichten eines Frachtführers 385.
Frachtbrief, Beweisurkunde 391; Inhalt 392; Uebernahme des Guts mit dem ursprünglichen Frachtbrief (Originalfrachtbrief) durch einen späteren Frachtführer 401.
Uebergabe des Frachtbriefes an den Empfänger 402; Verpflichtung desselben durch Uebernahme des Guts und Frachtbriefes 406; Frachtbrief neben Ladeschein 413 §. 3.
Begleitpapiere dem Frachtführer vom Absender zu geben 393.
Zeit des Antritts der Reise, Verhinderung derselben 394.
Haftpflicht des Frachtführers für Verlust und Beschädigung. Vis major 395.
Ersatz des gemeinen Handelswerthes 396.
Haftung für Versäumung der Lieferungszeit 397.
Verabredung einer Conventionalstrafe für Verspätung 398; nur bei Culpa des Frachtführers verfallen 399.
Frachtführer haftet für seine Leute und für Hülfspersonen 400.
Haftung für den späteren Frachtführer, Haftung aller Frachtführer, die auf Grund Eines Frachtbriefes transportiren 401.
Verfolgungsrecht des Absenders 402 §. 6. Bd. II, S. *463*.
Aushändigung des Guts an den Empfänger 403.
Recht des Empfängers vor und nach Ankunft des Guts 404. 405.
Verpflichtung des Empfängers durch Annahme des Guts und Frachtbriefs 406.
Feststellung des Zustandes des Guts durch Sachverständige 407.
Erlöschen des Anspruchs gegen den Frachtführer 408.
Pfandrecht des Frachtführers 409.
Vertretung des Vormanns durch den Nachmann, Uebertragung der Forderung Pfandrecht 410.
Collision der Pfandrechte des Frachtführers, Spediteurs, Commissionärs 411.
Pfandrecht des Frachtführers innerhalb drei Tagen geltend zu machen 412.
Ladeschein Bd. II, S. *495*; Begriff 413; Inhalt 414, bestimmt das Rechtsverhältniss zwischen Frachtführer und Empfänger 415. Unterschied vom Connossement 415 §. 3.; hebt Disposition des Absenders auf 416; Legitimation durch Ladeschein 417; Ablieferung erfolgt gegen Ladeschein 418; Ausstellung desselben hebt die sonstigen Grundsätze des Frachtgeschäfts nicht auf 419.
Frachtgeschäft bei nicht gewerbemässigem Betrieb 420.
Anwendung der Bestimmungen über Frachtgeschäft auf Eisenbahnen und andere öffentliche Transportunternehmungen. Subsidiäres Recht für die Post 421.

Frachtgeschäft der Eisenbahnen, davon handelt insbesondere Abschnitt 2.
Beschränkung der Vertragsfreiheit der Eisenbahnen Bd. II, S. *508*.
Verpflichtung der Eisenbahnen zum Abschluss von Frachtverträgen 422.
Beschränkung ihrer Haftpflicht ausgeschlossen 423; Bedeutung der Reglements 423 §. 2.
Ausnahmen hinsichtlich einzelner Gefahren 424.
Verträge über Reisegepäck 425.
Vertrag über Nichthaftung für einen Normalsatz des Untergewichts und Untermasses 426.
Vertrag über Haftung bis zum declarirten Werth oder bis zum Normalsatz 427.
Vertrag über Geltendmachung des Anspruchs binnen einer gewissen Frist 428.

Vertrag über Nichthaftung der zwischen der ersten und der letzten liegenden Eisenbahnen 429.
Vertrag über Nichthaftung für den von der Eisenbahn übernehmenden Frachtführer 430. 431.
Frachtmäkler 67 §. 3. 272 §. 18. 389.
Frachtvertrag s. Frachtgeschäft.
Francosendung 345 §. 10.
Fristberechnung 328. 333.
Frühjahr als Erfüllungszeit 327.
Fuhrmann, der gewöhnliche ist nicht Vollkaufmann 10 §. 10.
Fusion einer Actiengesellschaft mit einer anderen 247.

G.

Gefahr, Uebergang auf den Käufer 345.
Gegenwärtige, Abschliessung von Handelsgeschäften unter ihnen 318.
Geldwechslergeschäfte sind relative Handelsgeschäfte 272 Nr. 2.
Geldzahlungen dem Gläubiger zu übersenden 325. 342.
Gemeinde, Firmen in derselben 20 §. 6 bis 9.
Gemeiner Handelswerth 396 §. 2.
Genehmigung der Waare bei Distanzkauf und bei Platzgeschäften 347 §. 21.
Generalhandlungsbevollmächtigter 47.
Generalversammlung s. Commanditgesellschaft auf Actien, Actiengesellschaft.
Gerichtsbarkeit in Handelssachen, Ausschluss von Bestimmungen darüber im H.-G.-B. Einleitung §. 12.
Gerichtsstand der Handelsgesellschaften 111. 144. 164. 213. 247.
Geringer Gewerbebetrieb, Einwirkung auf die rechtliche Stellung des Kaufmanns 10 §. 8.
Geschäftsbetrieb, selbständiger des Procuristen, Generalhandlungsbevollmächtigten, Handlungsgehülfen, Handelsmäklers, Gesellschafters untersagt 56. 59. 69. 96. 97.
Geschäftsbureau 272 §. 18.
Geschäftsfreund, Verpflichtung desselben bei erhaltenem Auftrag 323.
Geschäftsführung der Gesellschaft, s. offene Handelsgesellschaft etc.
Geschäftsgang, ordnungsmässiger bei der Untersuchung der Waare 347 §. 8.
Geschäftsmann, ordentlicher, dessen Sorgfalt 343.
Geschäftssprache des Orts, in dieser sind die Maklerbücher zu führen 72.
Geschäftsverbindung s. Geschäftsfreund.
Geschäftszeit, gewöhnliche, Erfüllungszeit 332.
Geschlechtsvormundschaft, die Handelsfrau steht nicht darunter 6 §. 10.
Gesellschaft, Gesellschafter s. Handelsgesellschaft, offene Handelsgesellschaft, Commanditgesellschaft, Actiengesellschaft, stille Gesellschaft, Vereinigung zu Handelsgeschäften.
Gesetze, Verhältniss neu erlassener zum H.-G.-B. und zu Handelsgebräuchen 1 §. 6. 8.
Gesinde nicht Handlunsgehülfen 65.
Gestohlene und verlorene Sachen, Eigenthum daran wird vom gutgläubigen Erwerber nicht erworben 306.
Gewalt höhere (vis major) 395 §. 9 bis 15.
Gewerbemässiger Betrieb von Handelsgeschäften, Begriff 4 §. 4. 272 §. 2.

Gewerbepolizei- und Gewerbesteuergesetze, Verhältniss derselben zum H.-G.-B. 11. 276.

Gewicht des Erfüllungsortes zu präsumiren 336; Vertrag über fehlendes Gewicht 426.

Gewinn, Absicht, Gewinn zu machen, nicht nothwendiges Erforderniss des Handelsgeschäfts 271 §. 14; entgangener, im Schaden enthalten 283.

Gewöhnlicher Fuhrmann, Schiffer 10 §. 10. 11.

Gewohnheiten und Gebräuche im Handelsverkehr 279.

Gewohnheitsrecht, Handelsgewohnheitsrecht 1 §. 3. 6 bis 8.

Girogeschäft 272 §. 7.

Grund(handels)geschäfte Bd. II, S. *2*.

Grundcapital der Actiengesellschaft 209 Nr. 4. 210 Nr. 4. 240. 248.

Gültigkeit der Verträge bei Handelsgeschäften 317.

Güte und Beschaffenheit der Waare 335.

Güter, Uebernahme der Beförderung solcher zur See, absolutes Handelsgeschäft 271 Nr. 4.

Güterbestätter, Güterschaffner 67 §. 3. 272 §. 18. 389.

Gütergemeinschaft, eheliche, Verpflichtung des gemeinschaftlichen Vermögens durch die Ehefrau als Handelsfrau 8.

Güterrechte, eheliche des Kaufmanns, Veröffentlichung derselben Bd. I, S. *34*.

Gutgewicht 352 §. 2.

H.

Handbuch des Handelsmäklers 71 §. 2.

Handelsbriefe, Verpflichtung sie aufzubewahren, zu copiren 28. 33.

Handelsbücher, davon handelt Buch I, Tit. 4.
- Bestimmungen über dieselben finden auf gewisse Classen von Kaufleuten keine Anwendung 10 §. 4.
- Strafbestimmungen hinsichtlich der Handelsbücher Bd. I, S. *82* §. 3.
- Verpflichtung zur Buchführung; Umfang derselben 28.
- Aufbewahrung der H.-B. 28. 33. 145. 246.
- Inventarisirung und Bilanz, Verpflichtung zur Aufnahme derselben 29; Form und Inhalt derselben 30. 31.
- Form der Buchführung, Sprache 32.
- Eintragungen durch Handlungsgehülfen 36.
- Beweiskraft der Handelsbücher 34. 35 an sich, Erfüllungseid §. 5 bis 10; Einfluss der Umstände auf Minderung und Erhöhung der Beweiskraft §. 11 bis 13; Nichtübereinstimmen der Bücher der Parteien §. 16; Unregelmässig geführte H.-B. §. 17; Beweiskraft gegenüber Nichtkaufleuten §. 18 bis 22; gegenüber Kaufleuten, die unter Art. 10 fallen §. 23. 24.
- Edition der H.-B. Verpflichtung 37. 40.
- Art und Ort der Production und Edition 38. 39.

Handelsfirma s. Firma.

Handelsfrau (Kauffrau) Begriff, Rechte und Pflichten 6; kann sich nicht auf die Rechtswohlthaten der Frauen berufen 6 §. 7; steht nicht unter Geschlechtsvormundschaft 6 §. 10; kann selbständig vor Gericht auftreten 9; als Handelsgesellschafterin 6 §. 8.
- Eine Ehefrau bedarf, um Handelsfrau zu sein, der Einwilligung des Ehemanns, Rechtsgrund derselben 7 §. 1. 5. Präsumtion, Revocation

Zeitdauer, Erlangung dieser Einwilligung; Einwirkung der Trennung der Ehe, der böslichen Verlassung 7 §. 2 bis 4. 5 bis 9.
Wirkung der Einwilligung auf die Handlungsfähigkeit 8 §. 1. 6, auf die Haftung des Vermögens der Ehefrau, des gemeinschaftlichen Vermögens, des Vermögens des Ehemanns 8 §. 2 bis 6.
Gehülfin des Ehemanns ist nicht Handelsfrau 7 §. 10.

Handelsgebrauch, Handelsgewohnheitsrechtssatz 1 §. 3; Handelssitte 279; derogatorische Kraft des Handelsgebrauchs 1 §. 6; Verhältniss zum H.-G.-B. und dem bürgerlichen Recht 1 §. 6 bis 8.

Handelsgericht, was das H.-G.-B. darunter versteht 3; hat die Führung des Handelsregisters s. Handelsregister; Einschreiten gegen unbefugte Firmaführung 26. 27; Ermessen derselben bei Beurtheilung des Rechtsverhältnisses der Handlungsgehülfen 57; Ernennung der Liquidatoren 133. 172; Anordnung der Vorlegung der Bücher an den Commanditisten, stillen Gesellschafter 160. 253; bestimmt den Ort der Deponirung der Bücher einer aufgelösten Gesellschaft 145. 246; bestimmt das Verhältniss der Vertheilung von Gewinn und Verlust bei der Commandit- und der stillen Gesellschaft 162. 254; ernennt Processbevollmächtigte für die Commanditisten 195; ordnet Niederlegung von Waaren an 323. 407; ernennt Sachverständige 348. 407; ordnet an Verkauf eines Pfandes 310, eines Retentionsobjects 315, des Commissionsguts 375, des Frachtguts 407.

Handelsgeschäft, in der Bedeutung von Handelsgewerbe, Etablissement. Erwerb eines solchen 22 §. 4. 5; Eintritt in ein solches 24; Führung desselben 41.

Handelsgeschäfte, von ihnen handelt Buch IV, von den H.-G. im Allgemeinen Tit. 1, vom Begriff des H.-G. Abschnitt 1, allgemeine Bestimmungen über H.-G. enthält Abschnitt 2; von Abschliessung der H-G. handelt Abschnitt 3, von Erfüllung der H.-G. Abschnitt 4.
Gewerbemässiger Betrieb der H.-G. macht zum Kaufmann 4.
System der H.-G. nach dem H.-G.-B. Grundgedanke, Speculation; objective (absolute) und subjective (relative) H.-G. Grundgeschäfte, Nebengeschäfte. Einseitigkeit, Zweiseitigkeit Bd. II, S. *1*.
Objective oder absolute H.-G. Aufzählung 271.
Subjective oder relative H.-G. Aufzählung 272.
Nebengeschäfte 273.
Präsumtion Betreffs der von einem Kaufmann abgeschlossenen Geschäfte, der von ihm gezeichneten Schuldscheine 274.
Verträge über unbewegliche Sachen keine H.-G. 275.
Verbot Handel zu treiben ohne Einfluss auf Eigenschaft und Gültigkeit eines H.-G. 276.
Auch auf einseitige H.-G. ist das vierte Buch anzuwenden 277.

Handelsgesellschaften, von ihnen handelt Buch II.
Begriff. Arten Bd. I, S. *205*.
H.-G. sind Kaufleute 5 §. 1.
Pflicht der H.-G. zur Buchführung und Inventarisirung 28. 29.
Eine Frau kann Handelsgesellschafter sein 6 §. 8.
Vereinigungen zum Betrieb gewisser Arten von Handelsgewerben sind nicht H.-G. 10 §. 6.
S. offene Gesellschaft, Commanditgesellschaft, Actiengesellschaft.

Handelsgesetzbuch, analoge Anwendung 1 §. 2; Entstehung desselben, Einleitung §. 1 ff.

Handelsgut, mittlerer Art und Güte, Erfüllungsobject 335.
Handelskauf, objectives Handelsgeschäft 271 §. 2.
Handelsleute von gewissem geringeren Gewerbebetrieb 10 s. Kaufmann.
Handelsmäkler (Sensale), von diesen handelt Buch I, Tit. 7.
Begriff des H. M. im Sinn des H.-G.-B. Diensteid 66.
Vertragsverhältniss des H. M. zu beiden Parteien Bd. I, S. *168* §. 4 bis 6.
Umfang des Mäklerbetriebs 67; Geschäfte des H. M. sind keine Handelsgeschäfte 272 Nr. 4.
Der H. M. ist an sich nicht ermächtigt zum Empfang der Vertragserfüllung 67.
Verschiedene Arten der H. M. 68.
Pflichten der H. M. 69; Ausnahmsstellung des Schiffsmäklers 70.
Verkauf von Pfändern, Kaufobjecten, Commissionsgütern durch den H. M. 311. 343. 354. 365. 366.
Handbuch und Tagebuch des H. M. Führung des Tagebuchs 71. 72.
Schlussnote, Verpflichtung zur Zustellung derselben, Inhalt, Unterschrift, Verweigerung der Annahme 73.
Auszüge aus dem Tagebuch, Verpflichtung des H. M. zur Anfertigung derselben 74.
Amtliche Niederlegung des Tagebuchs des gestorbenen H. M. 75.
Unabhängigkeit des Abschlusses von der Eintragung in das Tagebuch und der Aushändigung der Schlussnote 76.
Beweiskraft des Tagebuchs und der Schlussnote 77. 78.
Anordnung der Vorlegung des Tagebuchs von Amtswegen 79.
Verpflichtung des H. M. zur Aufbewahrung der Probe 80.
Schadensersatzpflicht des H. M. 81.
Mäklergebühr (Sensarie, Courtage), wann sie verdient ist. Betrag derselben 82. Wer dieselbe zu bezahlen hat 83.
Anstellung und Bestrafung der H. M. den Landesgesetzen überlassen 84.
Vorbehalt für die Landesgesetze den Titel zu ergänzen, die Amtsverrichtungen und Befugnisse, den Umfang der Pflichten der H. M. zu erweitern oder einzuschränken 84.
Besondere Haftung des Wechselmäklers Bd. I, S. *198*.
Privathandelsmäkler (Winkelmäkler, Pfuschmäkler) Begriff und rechtliche Stellung Bd. I, S. *199*.
Handelsname s. Firma.
Handelsplatz, massgebender 353 §. 3.
Handelsrecht, Begriff 1 §. 1; Quellen desselben 1.
Handelsregister, von ihm handelt Buch I, Tit. 2.
Zweck des H. R. 12 §. 1. 2.
Führung des H. R. Einsicht desselben. Abschrift der Eintragungen 12.
Einrichtung des H. R. 12 §. 5.
Aufzählung der im H.-G.-B. vorgeschriebenen Eintragungen 12 §. 4.
Bekanntmachung der Eintragungen 13; Bestimmung der dazu dienenden Blätter 14.
Civilrechtliche Wirkungen der Eintragung ins Handelsregister Bd. I, S. *38* bis *48*.
Das Kennen-müssen Bd. I, S. *42* §. 7; die Beweislast S. *43* §. 8 bis 10. Ordnungsstrafen Bd. I, 26 S. *48*.
Handelsniederlassung des Erfüllenden, Ort derselben, Erfüllungsort 324. 325. 342.

Handelssachen, Begriff 1, bestimmt die Legitimation der Handelsfrau vor Gericht 9; auf sie bezieht sich der Beweis durch Handelsbücher 34.
Handelsschulden der Handelsfrau 8.
Handelsstand, davon handelt Buch I.
Handelswerth, gemeiner, vom Frachtführer zu ersetzen 396 §. 2.
Handlungsbevollmächtigter, davon handelt Buch I, Tit. 5; Verhältniss dieses Titels zu Titel 6. Bd. I, S. *111*.
Begriff des H.-B. 47. Bestellung im Handelsgewerbe Bd. I, S. *116*. §. 14. 15. Anstellung und Entlassung durch den Procuristen 42.
Umfang der Vollmacht des H.-B. Specialvollmacht nicht erforderlich 47; General-H.-B. 47 §. 5 bis 8; auf Aufnahme von Darlehen und Eingehung von Wechselverbindlichkeiten erstreckt sich die Handlungsvollmacht nicht 47; Zeichnung des H.-B. 48.
Handlungsreisende und Cassirer sind H.-B., deren Vollmacht 49.
Vollmacht des im Laden, Magazin, Waarenlager angestellten H.-B. 50.
Ueberbringen der Waare und der unquittirten Rechnung bevollmächtigt nicht zum Empfang der Zahlung 51.
Verpflichtung des Principals durch Rechtsgeschäfte des H.-B. 52.
Nichtübertragbarkeit der Handlungsvollmacht 53.
Erlöschen der Handlungsvollmacht durch Widerruf, nicht durch Tod des Principals 54.
Abschluss eines Geschäfts als H.-B. ohne Handlungsvollmacht oder mit Ueberschreitung derselben. Haftung des Abschliessenden 55.
Unbefugter Handelsbetrieb des Generalhandlungsbevollmächtigten für eigene oder für Rechnung eines Dritten 56.
Commanditist kann H.-B. der Commanditgesellschaft sein 167.
H.-B. einer Actiengesellschaft 234.
Handlungsdiener 57. Bd. 1, S. *114* §. 9.
Handlungsgehülfen, von ihnen handelt Buch I, Titel 7. Verhältniss dieses Titels zu Titel 6 Bd. I, S. *111*.
Begriff. Natur ihrer Dienste 57.
Der H.-G. ist an sich nicht Handlungsbevollmächtigter 58.
Unbefugter Handelsbetrieb des H.-G. für eigene oder für Rechnung eines Dritten 59. 64 Nr. 2.
Zeitweilige Verhinderung von Leistung des Dienstes 60.
Dauer des Dienstvertrags, Kündigungsfristen 61.
Aufhebung des Dienstverhältnisses aus wichtigen Gründen 62 bis 64.
Das Handlungsgesinde gehört nicht zu den H.-G. 65.
Handlungsgehülfin des Ehemannes kann die Ehefrau sein, ist dadurch nicht Handelsfrau 7.
Handlungslehrling 57. Bd. I, S. *114* §. 10; Dauer der Lehrzeit 61.
Handlungsreisender s. Handlungsbevollmächtigter und Provisionsreisender.
Handlungsverwalter Bd. I, S. *152*.
Handlungsvollmacht s. Handlungsbevollmächtigter.
Handwerksbetrieb Grenze zwischen ihm und Fabrikbetrieb 10 §. 12. 13. 272 §. 4. 5. 21.
Hauptniederlassung im Gegensatz zu Zweigniederlassung 21 §. 1. 273 §. 9.
Hausirer sind nicht Vollkaufleute 10 §. 7.
Heimliche Mängel 347.
Herbst, als Erfüllungszeit 327.
Höhere Gewalt, Begriff 395 §. 9 bis 15.

Höker sind nicht Vollkaufleute 10 §. 7.
Hypothekengeschäft 272 §. 7. 8, 275 §. 1.

I.

Immobilien, Verträge über solche nicht Handelsgeschäfte 275; was dazu gehört, Vertrag über Erbauung eines Hauses 275 §. 3 bis 5; die Procura geht nicht auf Veräusserung von Immobilien 42; Handelsgesellschaften können solche erwerben 111. 114. 164. 213; Veräusserung durch die Liquidatoren 137.
Incassogeschäft 272 §. 7.
Indossament, indossable Papiere, Art und Wirkung des Indossaments 301 bis 305; Indossament von Actien auf Namen 182. 223; Indossament eines Wechsels durch den Commissionär 353; Zahlung indossabler Papiere 325.
Inhaber, das Handelsgeschäft im Gegensatz zum stillen Gesellschafter 251 f.
Inhaberactien bei Commanditactiengesellschaften nichtig 173; bei Actiengesellschaften 207. 209. 210. 222.
Inhaberpapiere, Eigenthumsübergang, Verpfändung 307. 309; Zahlung derselben 325.
Innerer Verderb, dafür haftet der Frachtführer nicht 395. 424.
Interimsscheine 222.
Interpretation des Handelsgesetzbuchs, Bedeutung der Protokolle dafür, Einleitung §. 16 der Handelsgeschäfte 278. 279.
Inventarisirung, Verpflichtung des Kaufmanns dazu 29; Form und Inhalt des Inventars 30 bis 32.
Jahr, halbes Jahr. Berechnung 328.

K.

Kauf, von ihm handelt Buch IV, Titel 2.
K. um wieder zu verkaufen, absolutes Handelsgeschäft 271 Nr. 1.
Antrag zum Verkauf muss bestimmt und an eine bestimmte Person gerichtet sein 337.
Lieferungsvertrag ist Kauf 338.
K. auf Besicht oder auf Probe 339.
K. nach Probe oder nach Muster 340.
K. zur Probe 341.
Erfüllungsort, Erfüllungszeit 342.
Verpflichtung des Verkäufers zur Aufbewahrung der übersandten Waaren. Berechtigung desselben bei mora accipiendi des Käufers zur Deponirung und Veräusserung 343.
Verkäufer hat den Transport der Waare an den Käufer zu besorgen 344.
Tragung der Gefahr 345.
Empfang der Waare 346.
Untersuchung der Waare, Anzeige der nicht vertragsmässigen Beschaffenheit, heimliche Mängel 347.
Verpflichtung des Käufers zur einstweiligen Aufbewahrung der beanstandeten Waare. Feststellung des Zustands derselben durch Sachverständige. Verkauf derselben, wenn dem Verderben ausgesetzt 348.
Geltendmachung der Mängel durch den Käufer; Voraussetzung der Klagen und Einreden; Klagverjährung 349.
Betrug schliesst Geltendmachung der Art. 347 bis 349 aus 350.

Kosten der Uebergabe trägt der Verkäufer, der Abnahme der Käufer 315.
Der Kaufpreis nach Nettogewicht berechnet; Taragewicht, Gutgewicht (Refactie) 352.
Verkauf nach Markt- und Börsenpreis 353.
Verzug des Käufers mit Zahlung des Kaufpreises. Recht des Verkäufers 354.
Verzug des Verkäufers mit Uebergabe der Waare. Recht des Käufers 355.
Käufer und Verkäufer müssen Frist zur purgatio morae setzen 356.
Fixgeschäfte, Rechte der Contrahenten daraus 357.
Feststellung des Verzugs durch Protest 358.
Abgehen vom Vertrag bei Theilbarkeit der Erfüllung 359.
Rechte und Pflichten des vom eigenen Lager liefernden, oder auf eigenes Lager übernehmenden Commissionärs 376 §. 2.

Kauffrau s. Handelsfrau.

Kennen-müssen Bd. I, S. *42*. §. 7.

Kaufmann, von ihm handelt Buch I, Titel 1.
Keine allgemeine Begriffsbestimmung Bd. I, S. *7*.
K. im Sinne des H.-G.-B. Begriff 4.
Betrieb des Handelsgewerbes in eigenem Namen erforderlich 4 §. 5. 6. Der Handelsgesellschafter ist nicht K. im Sinne des H.-G.-B. Bd. II, S. *58* §. 14 bis 17.
Betrieb für eigene Rechnung gleichgültig 4 §. 7.
Einfluss der Gewerbepolizei- und der Gewerbesteuergesetze 11, §. 1. 276.
Die Handelsgesellschaften und die öffentlichen Banken sind Kaufleute im Sinne des Gesetzbuches 5.
Die Handelsfrau ist Kaufmann s. Handelsfrau.
Der minderjährige K. Bd. I, S. *34*.
Veröffentlichung der Güterrechte der Kaufleute Bd. I, S. *34*.
Der Kaufmann geminderten Rechts im Gegensatz zum Vollkaufmann 10; wer dazu gehört 10 §. 7 bis 13, welche Bestimmungen auf ihn keine Anwendung finden 10 §. 3 bis 6. Vorbehalt für die Landesgesetze 10 §. 14 bis 17. Beweiskraft der Handelsbücher ihm gegenüber 34. 35 §. 23. 24.
Bedeutung des Wortes K. im vierten Buch, K. als solcher Bd. II, S. *50* bis *58*. Aufzählung der einzelnen Stellen, daselbst §. 1.
Geschäfte des K., Handelsgeschäfte 272. 273. 275.
Ordentlicher K., Sorgfalt desselben s. Sorgfalt.
Handelsname des K. s. Firma.
Kaufmännische Bücher s. Handelsbücher.

Kaufpreis Einziehung durch Handlungsreisende 49; dessen Entrichtung 342; dessen Bestimmung nach dem Gewicht der Waare, nach dem Marktpreis 352. 353.

Kostbarkeiten dem Frachtführer zu declariren 395 §. 22.

Kunsthandel 272 §. 19. 20.

L.

Ladendiener, Vollmacht desselben 50.

Ladeschein indossabel 302 s. Frachtgeschäft.

Laesio enormis, Anfechtung wegen derselben aufgehoben 286.

Lagergeld hat der Kaufmann zu fordern 92.

Lagerscheine (Warrants), indossabel 302; Dispositionsbefugniss durch dieselben 313. 374.
Lagerverzeichnisse, Mittheilung derselben keine Offerte 337.
Landesgesetze, Vorbehalt für dieselben das H.-G.-B. zu ergänzen oder zu modificiren: in Betracht der Kaufleute geminderten Rechts 10; der Handelsmäkler 84; des Separationsrechts der Privatgläubiger der Gesellschafter 122. 169; über geringeren Betrag der Commanditactien 173; hinsichtlich der Staatsgenehmigung der Commanditactiengesellschaften 206; hinsichtlich der Actiengesellschaften 249.
Landesmünze, Zahlung in derselben 336.
Laufende Rechnung 291.
Laufender Preis 353 Bd. II, S. *311*.
Lebende Sprache, Buchführung in derselben 32.
Lebenszeit, Gesellschaft auf 123 Nr. 6.
Leckage 395 §. 19. 424.
Lehrling s. Handlungslehrling.
Leihhäuser 272 §. 10.
Lesung, erste und zweite der vier ersten Bücher des H.-G.-B. Einleitung §. 4. 5; des Seerechts, Einl. §. 6; dritte, Beschlüsse über dieselbe Einl. §. 7 bis 9.
Leute des Frachtführers, Haftung für dieselben 400.
Lex Anastasiana aufgehoben 299.
Lieferung, Uebernahme einer solchen, Handelsgeschäft 271 Nr. 2.
Lieferungsvertrag, nach den Grundsätzen über Kauf zu beurtheilen 338.
Lieferungszeit, Versäumung derselben 397.
Limitum, Limito, gesetzter Preis s. Commissionsgeschäft.
Liquidation s. offene Handelsgesellschaft etc.
Liquidationstermin der Börsengeschäfte 331.
Lombardgeschäft 272 §. 7.
Lucrum cessäns in Schaden enthalten 283.

M.

Magazin, Vollmacht des darin Angestellten 50.
Mahnung begründet die Zinspflicht. Uebersendung der Rechnung keine Mahnung 288.
Mäkler s. Handelsmäkler.
Mängel der erkauften Waare 347. 348; Voraussetzung der Geltendmachung, Verjährung 349; der Verpackung 395. 424.
Marktpreis 311. 343. 357. 376. Bd. I, S. *203*. Bd. II, S. *119*.
Mass des Erfüllungsorts zu präsumiren 336; Verlust an Mass 426.
Massgebender Handelsplatz 353 §. 3.
Messen, Kosten desselben trägt der Verkäufer 351.
Minderjähriger Kaufmann Bd. I, S. *34*. Verjährung der Klage gegen einen Gesellschafter läuft auch gegen Minderjährige 149.
Missbrauch des Vertrauens durch den Handlungsgehülfen 64 Nr. 1, der Firma oder des Vermögens der Gesellschaft für Privatzwecke des Gesellschafters 125 Nr. 4. 170.
Misshandlung des Principals gegen Handlungsgehülfen 63, umgekehrt 64.
Mitte des Monats 327.
Mittlere Art und Güte des Handelsgutes 335.

Mittlerer Preis 353.
Monat, halber, Berechnung 328.
Motive, Bedeutung für die Interpretation des Gesetzes, Einleitung §. 16.
Münzfuss, Münzsorte des Erfüllungsortes zu präsumiren 336; Münzsorte „effectiv" 336.
Muster s. Probe.

N.

Nachfolgeverhältniss, Andeutung in der Firma 16. 22.
Nachmann im Gegensatz zum Vormann bei der Versendung von Gütern 382. 401. 410.
Nachnahme 392. 410.
Nachstechen, Nachziehen, Kauf auf 339 §. 4.
Natürliche Beschaffenheit der Güter, Nichthaftung des Frachtführers dafür 395. 426.
Neben(handels)geschäfte 273 Bd. II, S. 2.
Nebenmaterial 273 §. 7.
Nettogewicht, Berechnung des Kaufpreises danach 352.
Nichtkaufleute, Beweiskraft der Handelsbücher ihnen gegenüber 34.
Niessbrauch des Ehemanns am Vermögen der Frau steht der Haftung desselben für deren Handelsschulden nicht entgegen 8.
Normalsatz für Verlust an Gewicht oder Mass 426; für Schadensberechnung 427.
Notarielle Abfassung s. Abfassung.
Noten, österreichische, preussische, baierische über die dritte Lesung, Einleitung §. 8.

O.

Objective Handelsgeschäfte 271 Bd. II, S. 2.
Oeffentliche Banken 5; Transportanstalten 421.
Oeffentlichkeit des Handelsregisters 12.
Offene Handelsgesellschaft, von ihr handelt Buch II, Titel 1.
Errichtung der O.H.G. Abschnitt 1. Art. 85 bis 89.
Begriff; Formlosigkeit des Gesellschaftsvertrags 85.
Firma 17.
Verpflichtung zur Anmeldung zum Handelsregister: Errichtung 86, Aenderung der Firma, Verlegung des Sitzes, Eintritt neuer Mitglieder, Ertheilung oder Aufhebung der Vertretungsbefugniss 87.
Art der Anmeldung, Ordnungsstrafen 88. 89.
Rechtsverhältniss der Gesellschafter unter einander. Abschnitt 2.
Gesellschaftsvertrag massgebend, H.G.B. subsidiär 90.
Sachen der Gesellschafter, unter welchen Voraussetzungen sie Eigenthum der Gesellschaft werden 91.
Einlage braucht nicht erhöht oder ergänzt zu werden 92.
Anspruch des Gesellschafters auf Ersatz für Auslagen und für Verluste; auf Befreiung von übernommenen Verbindlichkeiten; auf Zinsen von Vorschüssen; Bemühungen werden nicht vergütet 93; Einwirkung des Ausschlusses von der Geschäftsführung auf diese Ansprüche 93 §. 7 bis 10.
Verpflichtung des Gesellschafters zur diligentia quam suis; Haftung für

Verschulden; Compensation des Schadens mit verschafftem Vortheil unzulässig 94.
Zinsen von nicht gemachten Einlagen und unbefugt entnommenen Geldern 95.
Verbot des eigenen Geschäftsbetriebs für die Gesellschafter 96. 97.
Unübertragbarkeit des Rechts des Gesellschafters; Abtreten des Gesellschaftsantheils; Betheiligung an demselben 98.

Führung der Gesellschaftsgeschäfte Bd. I, S. *233* bis *238*.
Umfang der Geschäftsführung 99; Uebertragung an mehrere Gesellschafter, Collectivgeschäftsführung 100; Widerruf der Uebertragung der Geschäftsführung; Berechtigung aller Gesellschafter; Widerspruchsrecht des einzelnen 102.
Gesellschaftsbeschluss, wann erforderlich, wie er zu Stande kommt 103.
Befugniss zur Ertheilung und zum Widerruf der Procura 104.
Jeder Gesellschafter kann sich vom Gang des Gesellschaftsbetriebs unterrichten 105.
Gesellschafts-Gewinn und Verlust. Princip der Vertheilung Bd. I, S. *247* §. 1 bis 8.
Verfahren bei der Vertheilung Bd. I, S. *250* §. 9 bis 14. Antheile am Gesellschaftsvermögen können nur als Summen, nicht als Quoten festgestellt werden Bd. I, S. *252* §. 15.
Verzinsung des Gesellschaftsantheils 106.
Berechnung des Gesellschaftsantheils am Jahresschluss 107.
Was der Gesellschafter aus der Gesellschaft herausnehmen darf 108.
Vertheilung von Gewinn und Verlust nach Köpfen 109.

Rechtsverhältniss der Gesellschaft zu dritten Personen. Abschnitt 3.
Natur des Gesellschaftsvermögens (Gesellschaftsfonds), keine Dispositionsrechte der einzelnen Gesellschafter über dasselbe. Die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages Dritten gegenüber wirksam Bd. I, S. *261* bis *276*.
Eintritt der rechtlichen Wirksamkeit der O. H. G. Dritten gegenüber 110.
Vermögensrecht der O. H. G.; persona standi in judicio; Forum 111.
Solidarische (correale) Haftung der Gesellschafter, Haftung mit dem ganzen Vermögen 112.
Haftung des eintretenden Gesellschafters für die Gesellschaftsschulden 113.
Vertretung der Gesellschaft durch jeden Gesellschafter 86 Nr. 4. 114.
Gerichtliche Vertretung 117.
Ausschluss eines Gesellschafters von der Vertretung 86 Nr. 4. 115.
Beschränkung des Umfangs der Vertretungsbefugniss unwirksam 116.
Ertheilung und Aufhebung der Procura Dritten gegenüber 118.
Rechte der Privatgläubiger eines Gesellschafters 119. 120.
Compensation zwischen Forderungen der Gesellschaft und Privatforderungen an einen Gesellschafter unstatthaft 121; über Compensation zwischen Passivforderungen der Gesellschaft und Activforderungen eines Gesellschafters 121 §. 4 bis 7.

Gesellschafts-Concurs, abgesonderte Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger aus dem Gesellschaftsfonds 122; Rechte der Gesellschaftsgläubiger in dem Concurse der einzelnen Gesellschafter 122 §. 10. 11. Voraussetzung des Gesellschaftsconcurses 122 §. 12 bis 18. Landesgesetz-

liches Absonderungsrecht der Privatgläubiger der Gesellschafter 122 §. 19 bis 20.
Auflösung der O. H. G. Austreten eines Gesellschafters. Abschnitt 4.
Gründe der ipso jure Auflösung 123; Kündigungsfrist 124.
Gründe, aus welchen die Auflösung gefordert werden darf 125.
Auflösung auf Antrag eines Privatgläubigers eines Gesellschafters 126.
Statt derselben Auseinandersetzung und Ausantwortung des Gesellschaftsantheils 132.
Fortbestehen der Gesellschaft nach Austreten eines Gesellschafters 127.
Ausschliessen eines Gesellschafters 128.
Eintragung ins Handelsregister der Auflösung, des Austretens, des Ausscheidens 129.
Auseinandersetzung mit dem Ausgeschiedenen oder Ausgeschlossenen 130. 131.
Rechtsfolge des Ausscheidens des einen von zwei Gesellschaftern Bd. I, S. *330*.
Liquidation. Abschnitt 5.
Eintritt der Liquidation. Wer wird Liquidator 133.
Recht zur Abberufung der Liquidatoren 134.
Anmeldung des Liquidators und des Austritts eines solchen zum Handelsregister; Wirkung der Unterlassung der Anmeldung 135.
Gemeinschaftliche Handlungsfähigkeit der Liquidatoren 136.
Umfang des Wirkungskreises der Liquidatoren 137.
Beschränkung der Liquidatoren Dritten gegenüber unwirksam 138.
Zeichnung der Liquidatoren 139.
Liquidatoren den Anordnungen der Gesellschafter unterworfen 140.
Provisorische und definitive Auseinandersetzung 141. 142.
Anspruch des Gesellschafters auf den Werth, nicht auf besondere Sachen 143.
Sonstige Rechtsverhältnisse während der Liquidation 144.
Aufbewahrung der Bücher und Schriften der aufgelösten Gesellschaft 145.
Verjährung der Klagen gegen die Gesellschafter. Abschnitt 6.
Klage gegen die Gesellschaft wird dadurch nicht berührt 146 bis 149 Bd. I, S. *351*.
Offerte s. Antrag.
Ordentlicher Kaufmann, Geschäftsmann s. Sorgfalt.
Ordnungsstrafen Bd. I, S. *48*.
Ordrepapiere 301 bis 305; Verpfändung derselben 309.
Ort, Begriff hinsichtlich der Firmaführung 20 §. 5 bis 9; der Erfüllung s. Erfüllungsort; von einem anderen Ort übersendete Waare 347 §. 4; Rechte des Orts 348 §. 9. 407.
Oertliche Verordnungen 83.
Ortsgebrauch, ortsgebräuchlich, ortsüblich 57. 61. 70. 80. 82. 83. 285. 327. 346. 349. 351. 352, 369. 370. 371. 394.

P.

Papiere auf Inhaber, s. Inhaberpapiere.
Papiergeld 271 §. 5.
Passagiervertrag s. Reisende.
Personentransport, Anstalten dazu 272 §. 14.

Persönlich haftende Gesellschafter s. Commanditgesellschaft.

Persönliche Verpflichtung bei unbefugtem oder widerrechtlichem Verfahren des als Procuristen und Handlungsbevollmächtigten als Bevollmächtigten sich Gerirenden 55, 298; des Commanditisten 163. 167. 168; des Ausgebers von Actien, des Contrahenten im Namen der Actiengesellschaft vor Genehmigung und Eintragung der Commanditgesellschaft auf Actien 178, der Actiengesellschaft 211; der Vorstandsmitglieder 241. 245. 247 Nro. 3. 248; des stillen Gesellschafters 257. 260.

Pfandrecht, Erwerb desselben durch den gutgläubigen Erwerber 306 bis 308; unter Kaufleuten 309 bis 312; des Commissionärs 374. 306; des Spediteurs 382. 306; des Frachtführers 409. 306; Collision derselben 411.

Pfuschmäkler s. Privathandelsmäkler.

Photographische Anstalten 272 §. 21.

Platzgeschäfte, Untersuchungspflicht, Genehmigung bei solchen 347 §. 21 bis 26.

Policen der Seeassecuranzen indossabel 302.

Postanstalten sind Frachtführer 421; Postmarken, Werthpapiere 271 Note 7.

Präsumtion für Handelsgeschäft an sich nicht gegeben 271 §. 2; Betreffs der Geschäfte eines Kaufmanns 274; Betreffs des Schadens am Frachtgut 424; Betreffs des Masses, Gewichtes etc., des Erfüllungsortes 336.

Preis, gesetzter, Limitum s. Commissionsgeschäft; laufender s. Marktpreis; mittlerer 353.

Preislisten, Anerbieten von Waaren durch Mittheilung solcher 337.

Principal, Berechtigung und Verpflichtung desselben aus Rechtsgeschäften des Procuristen und Handlungsbevollmächtigten 52; Verpflichtung aus unerlaubten Handlungen derselben Bd. I, S. *153*; Stellung zum Handlungsgehülfen s. Handlungsgehülfen.

Privatgläubiger eines Handelsgesellschafters und stillen Gesellschafters, Recht desselben 119 bis 122. 126. 132. 169. 170. 263.

Privathandelsmäkler, Begriff und rechtliche Stellung Bd. 1, S. *199*. 272 §. 15.

Probe, Verpflichtung des Mäklers zur Aufbewahrung derselben 80; Verkaufsanerbieten durch Mittheilung von Proben 337; Kauf auf Probe 339. 347. §. 17; Kauf nach Probe 340. 347 §. 16. 18; Kauf zur Probe 341.

Processführung, Legitimation dazu: der Handelsfrau 9; des Procuristen 42; nicht des Handlungsbevollmächtigten 47; des offenen Gesellschafters 117; der Liquidatoren 137; der persönlich haftenden Gesellschafter 167, 196; des Aufsichtsrathes 194; der Commanditistenvertreter 195; des Vorstands einer Actiengesellschaft 227; des Aufsichtsraths; der Actionäre 226.

Prämie, Uebernahme der Versicherung gegen Pr. absolutes Handelsgeschäft 271 No. 3. Anspruch des Commissionärs auf Ersatz der für Versicherung des Commissionsguts gezahlten Pr. 371 §. 3.

Procura, Procurist, davon handelt Buch I, Titel 5.

- Bestimmungen darüber finden auf gewisse Classen von Kaufleuten keine Anwendung Art. 10 §. 5.
- Begriff der Procura, des Procuristen 41 §. 1. 2.
- Collectiv-Procura 41 §. 4. 44.
- Inhalt und Umfang der P.; sie ersetzt Specialvollmachten; bezieht sich nicht auf Veräusserung und Belastung von Grundstücken 42.
- Unbeschränkbarkeit des Umfangs der P., auch hinsichtlich der Dauer 43.
- Zeichnung der P. 44.

Pflicht zur Anmeldung der Ertheilung und des Erlöschens der P. zum Handelsregister. Art der Anmeldung 45.
Wirkung des Erlöschens der P. Dritten gegenüber Bd. I, S. *40* ff.
Verpflichtung des Principals aus den Rechtsgeschäften des Procuristen 52.
Nichtübertragbarkeit der P. 53.
Erlöschen der P. durch Widerruf, nicht durch Tod des Principals, noch durch Zeitablauf, noch durch Eintritt einer Bedingung 54. 43.
Abschluss eines Geschäfts als Procurist, ohne P. zu haben; Haftung des Abschliessenden 55; unbefugter Handelsbetrieb des Procuristen für eigene oder für Rechnung eines Dritten 56.
Befugniss der Handelsgesellschafter zur Ertheilung und zum Widerruf der P. Wirkung Dritten gegenüber 104. 118.
Der Procurist einer Actiengesellschaft 234 §. 3 bis 7.
Production der Handelsbücher s. Handelsbücher.
Promessen auf Actien dürfen nicht auf Inhaber lauten 173. 222.
Protest zur Constatirung des Verzugs 358.
Protokolle der Commission zur Ausarbeitung eines Artikels des Handelsgesetzbuches; Bedeutung derselben für die Interpretation des H.-G.-B., Einleitung §. 15. 16.
Provision, Recht des Kaufmanns darauf, insbesondere des Commissionärs und Spediteurs 290. 381; Del-credere-Provision 370.
Provisionsreisende Bd. I, S. *157*.

Q.

Quellen des Handelsrechts 1.
Querela von numeratae pecuniae, aufgehoben 295.
Quittung, Beweiskraft derselben nicht an Ablauf einer Frist gebunden 295; Ueberbringer derselben legitimirt zum Zahlungsempfang 296.

R.

Ratenweise Lieferung, Genehmigung bei derselben 347 §. 19.
Rechnung, Ueberbringen derselben legitimirt nicht zum Zahlungsempfang 51; Uebersenden derselben nicht Mahnung 288; laufende, s. Contocurrent; Anerkennung 294.
Rechnungswährung 336.
Rechtsquellen des Handelsrechts 1; Verhältniss derselben unter sich 1 §. 6.
Rechtswohlthaten der Frauen stehen der Handelsfrau nicht zu 6 §. 7.
Refactie beim Kauf 352.
Reglements der Eisenbahnen 423 §. 2.
Reisegepäck, Verträge über dasselbe mit der Eisenbahn 425.
Reisende, Uebernahme der Beförderung derselben zur See ist Handelsgeschäft 271 Nr. 3; Handlungsreisender s. Handlungsbevollmächtigter.
Relative Handelsgeschäfte 272 Bd. II, S. *2*.
Repräsentanten 272 §. 18.
Retentionsrecht, kaufmännisches 313 bis 316.
Reugeld 285.
Rost, Vertrag über Nichthaftung für Beschädigung durch denselben auf dem Transport 424.
Rücktritt von der Offerte, von der Annahme 319. 320; vom Kauf 354 bis 357. 359.

S.

Sachverständige, Gutachten derselben hinsichtlich der Ansprüche der Handlungsgehülfen 57; hinsichtlich der Gewinn- und Verlustvertheilung bei der Commandit- und der stillen Gesellschaft 162. 254; Feststellung des Zustandes der Waare, des Guts 348. 365. 407.
Saldo, Verzinsung desselben 291.
Schaden enthält auch entgangenen Gewinn 283.
Scheidemünze steht zwischen grobem Metallgeld und Papiergeld 271 Note 3.
Scheidung von Tisch und Bett. Einfluss auf das Erforderniss des ehemännlichen Consenses zur Etablirung der Ehefrau als Handelsfrau 7 §. 3.
Schiffer, der gewöhnliche, ist nicht Vollkaufmann 10 §. 11.
Schiffsmäkler, besondere Befugnisse desselben 70.
Schiffsprocureur 67 §. 3. 272 §. 18. 389.
Schlussnote s. Handelsmäkler.
Schrift s. schriftliche Abfassung.
Schriftzeichen einer lebenden Sprache bei der Führung der Handelsbücher 32.
Schuldschein, Umfang des Begriffs 274 §. 3. 4; dessen Beweiskraft 295.
Seeassecuranzpolicen indossabel 302.
Schwinden des Guts beim Transport 395.
Sensal, Sensarie s. Handelsmäkler.
Separationsrecht s. Absonderungsrecht.
Sitz der offenen Handelsgesellschaft 86. 87. 111; der Commanditgesellschaft 151. 153. 163. 164; der Commanditgesellschaft auf Actien 175. 176. 198; der Actiengesellschaft 209. 210. 213. 214.
Solidarische Haftung der offenen Handelsgesellschafter 112. 113; des Commanditisten, nicht des stillen Gesellschafters, Bd. II, S. *360* §. 8 Nr. 6; des stillen Gesellschafters, dessen Name in der Firma enthalten ist 257; der zu einzelnen Handelsgeschäften Vereinigten 269; aus verbotswidrigen Handlungen 173. 178. 204. 245. 247.
Präsumtion dafür bei gemeinschaftlicher Eingehung einer Verpflichtung 280.
Einrede der Theilung und Vorausklage ausgeschlossen 281.
Berechtigung der zu einzelnen Handelsgeschäften Vereinigten 269.
Sonntag, Erfüllungstag 329. 330.
Sorgfalt des Handelsgesellschafters 94; aus einem Handelsgeschäft, Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns 282 §. 2; aus dem Kaufvertrag, Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes 343, eines ordentlichen Kaufmanns 344; aus der Commission, Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns 361. 367; aus dem Speditionsvertrag desgl. 380; aus dem Frachtvertrag, Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers 397. 399; Sorgfalt in Bezug auf das Kennenlernen von Thatsachen Bd. I, S. *42* §. 7.
Sortimentsbuchhändler 272 §. 20.
Sparcassen 272 §. 10.
Specialvollmacht, nicht erforderlich für den Procuristen 42; Handlungsbevollmächtigten 47.
Spediteur, Speditionsgeschäft, davon handelt Buch IV, Titel 4.
Begriff des Spediteurs 379; seine Geschäfte Handelsgeschäfte 272 Nr. 3 §. 12.

Zinsforderung des Spediteurs 290.
Haftung für Schaden 380.
Recht auf Provision und Ersatz der Verwendungen 381. 290.
Pfandrecht des Spediteurs 382. 306.
Modificationen der Spedition Bd. II, S. *389* bis *394*.
Spediteur besorgt die Versendung durch für eigene Rechnung gemiethete Transportmittel 383.
Uebereinkunft über bestimmte Transportsätze 384.
Uebernahme des Transports durch den Spediteur 385.
Verjährung der Klage gegen den Spediteur 386.
Bestimmungen über Commission auf Spedition anwendbar 387.
Spedition bei nicht gewerbemässigem Betrieb 388.
Vermittlung von Frachtgeschäften nicht Spedition 389
Die Eisenbahn als Spediteur 430. 431.
Sprache, lebende, für Führung der Handelsbücher 32, der deutschen oder Ortsgeschäftssprache für Führung des Mäklertagebuchs 72.
Staatsanleihen, Operationen mit solchen 272 §. 7.
Staatsgenehmigung der Commanditactiengesellschaften, der Actiengesellschaften s. diese Artikel.
Staatspapiere, Gegenstand des Handelskaufs 271 §. 6.
Stand einer Person, ohne Einfluss auf die Gültigkeit und Eigenschaft der von ihr abgeschlossenen Handelsgeschäfte 276.
Statut, Gesellschaftsvertrag der Actiengesellschaft 208.
Stellvertretung, drei Arten von Stellvertretern Bd. I, S. *115*; Verpflichtung des Principals aus Rechtsgeschäften des Procuristen und Handlungsbevollmächtigten 52; Stellvertretung des einfach Bevollmächtigten 298; Stellvertretung des offenen Handelsgesellschafters 114; des persönlich haftenden Gesellschafters 167; des Vorstands der Actiengesellschaft 227.
Stille Gesellschaft, von ihr handelt Buch III, Titel 1.
Begriff, Errichtung 250; Unterschied zwischen ihr und der Commanditgesellschaft Bd. I, S. *356* ff.
Firma 16. 251. 257.
Complementar, Eigenthümer der Einlage des stillen Gesellschafters. Der stille Gesellschafter braucht die Einlage nicht zu erhöhen oder zu ergänzen 252.
Dem stillen Gesellschafter ist jährlich Bilanz vorzulegen 253.
Berechnung des Gewinns und Verlustes. Betheiligung des stillen Gesellschafters daran 254. 255.
Complementar Dritten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet 256.
Im Concurs des Complementars tritt der stille Gesellschafter hinsichtlich seiner Einlage als Gläubiger bez. Schuldner auf 258.
Auflösung der stillen Gesellschaft, Zurückzahlung der Einlage und Nachlass des Verlustantheils von den Concursgläubigern des Complementars anfechtbar 259.
Kundmachung der stillen Gesellschaft. Rechtswirkungen 260.
Auflösung der Gesellschaft, Gründe 261. Ausserordentliche Auflösung 262.
Recht des Privatgläubigers des stillen Gesellschafters die Auflösung zu verlangen 263.
Tod oder Dispositionsunfähigkeit des stillen Gesellschafters kein Auflösungsgrund 264.
Auseinandersetzung, Liquidation 265.

Stimmrecht der Commanditisten 180. 190; der Actionäre 209. 224.
Stoppage in transitu 402 §. 6. Bd. II, S. *463*.
Subjective Handelsgeschäfte 272 Bd. II, S. *2*.
Subscribentensammler 272 §. 18.

T.

Tagebuch s. Handelsmäkler.
Taragewicht bei Berechnung des Kaufpreises abgezogen 352.
Theilbarkeit der Erfüllung des Vertrags 359.
Theilungseinrede bei Solidarschuldnern und Bürgen ausgeschlossen 281.
Thiere, lebende, Transport derselben auf Eisenbahnen 424.
Tod des Kaufmanns hebt Antrag, Auftrag, Vollmacht nicht auf 297; eines offenen und persönlich haftenden Gesellschafters hebt auf die offene Handelsgesellschaft 123; die Commanditgesellschaft 170; des Inhabers des Handelsgewerbes, die stille Gesellschaft 261; Tod des Commanditisten und des stillen Gesellschafters hebt die Gesellschaft nicht auf 170. 200. 264.
Transport 271 Nr. 4. 272 Nr. 3. 379.
Transportanstalten 272. 421.
Trödelvertrag, Commission nicht Trödelvertrag 371 §. 1.
Trödler nicht Vollkaufmann 10 §. 7.

U.

Uebergabe, Kosten derselben trägt der Verkäufer 351; der Waare, Ort derselben 342; Einfluss auf Uebergang der Gefahr 345; Verzug mit der Uebergabe 355.
Uebergang der Gefahr der verkauften Waare 345.
Uebermässige Verletzung kein Anfechtungsgrund eines Handelsgeschäfts 286.
Uebernahme einer Lieferung, absolutes Handelsgeschäft 371 Nr. 2; einer Versicherung gegen Prämie, desgl. 371 Nr. 3; der Beförderung von Gütern und Reisenden zur See, desgl. 371 Nr. 4; der Bearbeitung und Verarbeitung, relatives Handelsgeschäft 272 Nr. 1.
Uebersendung der Rechnung, nicht Mahnung 288; der Waare durch den Verkäufer 344.
Unbedeckte Wagen, Beförderung in solchen 424 Nr. 1.
Unbefugter Gebrauch einer Firma 27.
Unbewegliche Sachen s. Immobilien.
Uneinbringliche Forderungen abzuschreiben 31.
Unerlaubte Handlungen des Handlungsbevollmächtigten, Haftung des Principals Bd. I, S. *153*.
Unredlichkeit eines Gesellschafters 125.
Unterhalt des Handlungsgehülfen 57. 60. 63.
Unterschrift der Firma 15. 19; durch den Procuristen 44; durch den Handlungsbevollmächtigten 48.
Untersuchungspflicht des Käufers 347.
Untreue des Handlungsgehülfen 64.
Unverpackte Güter 424.

V.

Verarbeitung von Sachen, Uebernahme derselben, relatives Handelsgeschäft 272 Nr. 1.

Veräusserung, Begriff 271 §. 10; einer Firma 23.
Verbodmung, Darlehn gegen V., absolutes Handelsgeschäft 271 Nr. 4.
Verbot, Handel zu treiben ohne Einfluss auf Natur des abgeschlossenen Geschäfts 276. 11.
Verderb, innerer, dafür haftet der Frachtführer nicht 395. 424.
Verderben, dem V. ausgesetzte Waare, Rechte in Bezug auf dieselbe des Verkäufers 343; des Käufers 348; des Commissionärs 365; des Spediteurs 387.
Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung, davon handelt Buch III, Tit. 2.
Formloser Vertrag 266.
Gleiche Beitragspflicht der Theilnehmer 267.
Einlagen verzinst, Gewinn und Verlust nach Köpfen getheilt 268.
Aus im Namen aller Theilnehmer abgeschlossenen Geschäften werden diese solidarisch berechtigt und verpflichtet 269.
Rechnungsablegung des Geschäftsführers, Liquidation 270.
Vereinigung zum Betrieb eines unter Art. 10 fallenden Handelsgewerbes, keine Handelsgesellschaft 10; mehrerer Actiengesellschaften mit einander, Fusion s. Actiengesellschaft.
Verfalltag, in wessen Interesse bestimmt 334.
Verfolgungsrecht des Absenders 402 §. 6, Bd. II, S. *463*.
Verjährung der Klagen gegen die Handelsgesellschafter 146 bis 149. 172; des Käufers wegen Mängel 349; gegen Spediteur 386; gegen Frachtführer 408.
Verkauf s. Kauf.
Verkaufscommission s. Commissionsgeschäft.
Verkaufswerth 396 §. 5.
Verlagsgeschäfte 272 §. 19.
Verlassen, bösliches, der Ehefrau durch den Ehemann, Einfluss auf das Erforderniss der Einwilligung des letzteren zu deren Etablirung 7 §. 4.
Verletzung über die Hälfte, kein Grund der Anfechtung eines Handelsgeschäfts 286.
Verlorne Sachen, Ausschluss des Eigenthumserwerbs an denselben 306.
Vermitteln eines Vertrags, Vermittler 66 §. 2. Bd. I, S. *167* §. 1. 272 §. 15. eines Frachtvertrags, nicht Spedition 389.
Vermögen des Ehemanns, der Ehegattin, Verhaftung für die Handelsschulden der Ehefrau 8;
V.-Einlage des Commanditisten nicht nothwendig Geld 150 §. 1.
V.-Abschluss 29.
Vermuthung s. Präsumtion.
Veröffentlichung der Eintragungen in das Handelsregister s. Handelsregister.
Verpackung, Gewicht derselben 352; Mängel derselben 395 §. 5. 20. 424 Nr. 2.
Verpfändung s. Pfandrecht.
Verpflichtungsgrund, dessen Angabe in gewissen Papieren nicht erforderlich 301.
Verpflichtungsschein an Ordre, indossabel u. acceptabel 301.
Versender, im Gegensatz zum Absender 391 §. 4.
Verschwiegenheit, Verpflichtung des Handelsmäklers dazu 69 Nr. 5.
Versicherung, Uebernahme einer V. gegen Prämie, absolutes Handelsgeschäft 371 Nr. 3.

V. einer Immobilie kein Vertrag über eine Immobilie 275 §. 5.
Der Commissionär ist nicht dazu verpflichtet 367 §. 2.
Ausschluss der Bestimmungen des Buch III des preussischen Entwurfs über V. Einleitung §. 10.

Versteigerung des Pfands 311; der verkauften Waare 343. 354; der gekauften Waare 348; des Commissionsguts 365. 366; des Speditionsguts 387; des Frachtguts 407. 409; der Immobilien der Gesellschaft durch die Liquidatoren 137.

Verträge über unbewegliche Sachen, keine Handelsgeschäfte 275.
Vermuthung Betreffs der von einem Kaufmann geschlossenen V. 274.
über Handelsgeschäfte s. Abfassung.
unter Anwesenden 318; unter Abwesenden Abschliessung 319 bis 323.

Verwaltungsrath bei einer Actiengesellschaft 231.

Verwaltungsrecht des Ehemanns am Vermögen der Ehefrau, steht der Haftung desselben für deren Handelsschulden nicht entgegen 8.

Verwendungen eines Kaufmanns verzinslich 290.

Verzug des Actionärs 220; des Pfandschuldners 310; des Käufers, des Verkäufers, Rechte des andern Contrahenten daraus 343. 354 bis 359; des Committenten 375.

Verzugszinsen 288. 289.

Vis major 305 §. 9 bis 15.

Volksbanken 272 §. 10.

Vollkaufmann, als solchen bezeichnet man die nicht unter die Beschränkungen des Art. 10 fallenden Kaufleute 10.

Vollmacht eines Kaufmanns erlischt nicht durch dessen Tod 297; vom Auftrag zu unterscheiden 360 §. 1; Wirkung der Vollmachtsertheilung 298 s. auch Handlungsbevollmächtigter, Procurist, Stellvertretung.

Vorausklage, Einrede der, aufgehoben 281.

Vormann — Nachmann bei Versendungen 382. 401. 410.

Vorladung der Handelsgesellschaft in der Person eines zur Vertretung befugten offenen oder persönlich haftenden Gesellschafters 117. 167; eines Liquidators 144; eines Vorstandsmitgliedes 235.

Vorname in der Firma 16 §. 5; Gleichheit desselben 20 §. 3.

Vorschuss eines Gesellschafters verzinslich 93; ebenso eines Kaufmanns 290; des Commissionärs und des Spediteurs 290; Pfandrecht dafür 374. 382.

Vorschussverein 272 §. 10.

Vorstand der Actiengesellschaft s. Actiengesellschaft.

W.

Waare, Gegenstand des Handelskaufs 271 §. 3; Weiterveräusserung derselben 273; Ueberbringer der Waare nicht legitimirt zum Zahlungsempfang 51; Güte und Beschaffenheit der Waare 335.

Waarenlager, Inventarisirung 29; Vollmacht des darin Angestellten 50.

Wägen, Kosten davon trägt der Verkäufer 351.

Warrants, indossabel 302.

Wechsel, die denselben betreffenden Geschäfte gehören zu den Banquiergeschäften 272 §. 8; Ankauf eines W. durch den Commissionär 373; Wechselzeichnung durch den Commissionär 374; Wechselverbindlichkeiten einzugehen ist der Handlungsbevollmächtigte nicht legitimirt 47.

Wechselmäkler, besondere Haftung desselben Bd. I, S. *198*.

Wechselordnung, allgemeine deutsche, Verhältniss zum H.-G.-B. 2; einige Bestimmungen derselben auf Namenactien und auf Ordrepapiere angewendet 182. 305.
Weigerung der Eisenbahn, einen Frachtvertrag abzuschliessen 422.
Weiterveräusserung, wann Handelsgeschäft 273.
Werktag, Erfüllungstag 329. 330.
Werth, gemeiner Handelswerth 396 §. 2; Verkaufswerth 396 §. 5; s. auch Markt- und Börsenpreis.
Werthpapiere, Gegenstand des Handelskaufs, Begriff 271 §. 5 bis 8; auch sonst wie Waaren behandelt 273. 301. 302. 307. 313.
Widerruf einer Offerte 319. 320; der Commission 377; der Procura und Handlungsvollmacht 54; der Uebertragung der Geschäftsführung an einen Gesellschafter 101; der Uebertragung der Liquidation 134. 244; des Vorstands einer Actiengesellschaft 227; der staatlichen Genehmigung 242.
Widerspruchsrecht des Gesellschafters 99. 100. 102. 158.
Wille der Contrahenten entscheidet, nicht der buchstäbliche Ausdruck 278.
Winkelmäkler s. Privatmäkler.
Wirthe sind nicht Vollkaufleute 10 §. 9.
Woche, Berechnung der Frist nach Wochen 328.
Wohnort des Erfüllenden, Erfüllungsort 324, 325. 342.

Z.

Zahlung an den Ueberbringer der Quittung 296; in Landesmünze 336.
Zahlungsfristen, der Handlungsreisende zu deren Bewilligung legitimirt 49.
Zeitrechnung des Erfüllungsorts zu präsumiren 336.
Zettelgeschäft 272 §. 7.
Zinsen erhält der Handelsgesellschafter von Vorschüssen an die Gesellschaft 93; zahlt er für die nicht gezahlte Einlage und unbefugt entnommenen Gelder 95. 220; vom Gesellschaftsantheil 106. 108. 161. 165. 197. 217. 218. 268;
gesetzliche bei Handelsgeschäften 6 Procent 287;
vom Tag der Mahnung an zu zahlen 288;
unter Kaufleuten vom Tag der Fälligkeit 289;
von Darlehen und Verwendungen des Kaufmanns 290;
Zinsen vom Saldo 291;
Conventionalzinsen, Höhe derselben 292.
können das Capital übersteigen 293.
Zugehörigkeit zu einem Handelsgewerbe 273 §. 2.
Zureise 394 §. 2.
Zurückbehaltungsrecht, kaufmännisches 313 bis 316.
Zusatz zur Firma 16. 21. 22.
Zustellungen an die Gesellschaft 117. 144. 167. 235.
Zweifelhafte Forderungen abzuschreiben 31.
Zweigniederlassung 21 §. 1.
Zweiseitige Handelsgeschäfte Bd. II, S. *2*.
Zwischenfrachtführer 401.
Zwischenspediteur 380 §. 2.

Verbesserungen.

Band I.

S. 18 Z. 10 v. o. lies 9 statt 8.
„ 90 „ 12 v. o. nach Kaufleuten einzuschalten: als Beweismittel.
„ 101 „ 14 v. u. lies 1 statt 10.
„ 110 „ 8 v. u. lies le statt de.
„ 123 „ 1 v. u. lies 460 statt 461.
„ 133 „ 7 v. u. nach nicht einzuschalten: von ihm, sondern.
„ 201 „ 7 v. u. lies ersten statt zweiten.
„ 253 „ 7 v. u. lies der Passivsaldi.
„ 294 „ 10 v. o. nach vertreten einzuschalten: nicht.
„ 312 „ 5 u. 6 v. o. lies: kann der Gesellschafter gegen einen anderen Gesellschafter nicht wirksam auftreten.
„ 339 „ 19 v. o. lies Liquidation statt Gesellschaft.
„ 346 „ 1 v. u. lies §. 5 statt §. 58.
„ 352 „ 1 v. o. lies Besorgniss statt Befugniss.
„ 364 „ 14 v. o. lies 163 statt 162.
„ 395 „ 7 v. u. lies: in dem Entwurf.
„ 427 „ 8 v. u. hinzuzufügen: sowie in Abs. 2 Nr. 1 die Worte: „und der Genehmigungsurkunde“.
„ 427 „ 5 v. u. zu streichen: Abs. 1.
„ 429 „ 9 v. o. lies Note 2 statt Note 1.
„ 441 „ 16 v. u. lies 212 statt 211.
„ 447 „ 5 v. u. lies gefährlich statt ungefährlich.
„ 458 „ 15 v. o. lies 241 statt 271.
„ 462 „ 6 v. u. lies Beamten statt Benannten.
„ 462 „ 4 v. u. lies die Beamten, welche die Gesellschaft in der Geschäftsführung vertreten sollen.
„ 462 „ 14 v. o. lies Abs. 1 statt Abs. 2.
„ 463 „ 7 v. o. lies Abs. 1 statt Abs. 2.
„ 463 „ 6 v. u. lies der statt die.

S. 478 Z. 3 v. o. §. 2 statt §. 3.
„ 485 „ 14 v. u. lies Abs. 1 statt Abs. 2.
„ 496 „ 16 v. o. nach Zahlung einzuschalten: soweit nicht ihr Betrag den Betrag jener Verminderung übersteigt.

Band II.

S. 23 Z. 13 v. u. nach 1424 einzuschalten: 1463.
„ 27 „ 12 v. o. zu streichen: als.
„ 35 „ 4 v. u. beizufügen: 1463.
„ 53 „ 17 v. u. lies Handelsgeschäfte statt Rechtsgeschäfte.
„ 76 „ 11 u. 12 v. o. zu streichen: aller Art, selbst auf ausdrücklich versprochene Conventionalzinsen.
„ 104 „ 18 v. o. nach Handelsbetrieb einzuschalten: s. Art. 272 Bemerkungen §. 23.
„ 245 „ 7 v. u. nach Abs. 2 bis 4 einzuschalten: s. Art. 365 Bemerkungen §. 1.
„ 271 „ 19 v. u. lies §. 3 statt §. 8.
„ 355 „ 20 v. o. zu streichen: nur.

Verlag von Friedrich Vieweg und Sohn in Braunschweig.

Die Gewerbe-Gesetzgebung

des

Herzogthums Braunschweig

vom 3. August 1864

nebst einem

den Motiven der Herzogl. Landesregierung und den landständischen Verhandlungen entnommenen

Commentare.

Von

C. Koch,

Staatsanwalt in Braunschweig.

8. Fein Velinpapier. geh. Preis 15 Sgr.

Methodologie

oder

Lehre des Studiums

der

Rechts- und Staatswissenschaft.

Nebst deutschen Studien- und Examenordnungen.

Von

Dr. Hermann Ortloff,

Universitäts-Professor.

gr. 8. Fein Velinpapier. geh. Preis 1 Thlr.

Dem Beobachter des academischen Studiums der Rechts- und Staatswissenschaft kann es nicht entgehen, wie planlos und unmethodisch dasselbe auf Universitäten betrieben wird. Das Bedürfniss nach einer Anleitung zur Betreibung jenes Studiums ist von jeher den Studirenden ebenso fühlbar gewesen, wie allen anderen Arbeitsanfängern die Nothwendigkeit methodischer Anweisung. Es fehlt zur Zeit aber gänzlich ein dem heutigen Stand der Rechts- und Staatswissenschaft entsprechender Wegweiser zu deren Studium, nämlich eine Anleitung, welche, nach einer vorausgehenden, durchaus nothwendigen Eröffnung eines encyclopädischen Blickes über das Arbeitsfeld und über dessen Bebauungsmethoden, die Regeln der Einleitung und Anordnung, der Betreibung und Benutzung des Studiums jener Wissenschaften nebst Studienplänen in der selbstständigen Form eines Lehrbuchs darböte. Diese hat der Verfasser in vorliegender Methodologie geliefert. Sie soll ein wohlmeinender Rathgeber für die Studirenden durch ihr ganzes academisches Studium hindurch sein und auch nach demselben werden die im Anhang befindlichen Studien- und namentlich Examenordnungen den Candidaten und angehenden Staatsdienern noch brauchbar bleiben.

Soll aber jenem Grund- und Hauptgebrechen des Studiums abgeholfen werden, sollen die daraus entstehenden vielen und grossen nachtheiligen Folgen desselben vermieden werden, so muss das Studium der Encyclopädie und Methodologie mehr zu Ehren kommen, als es bisher der Fall war, und dafür mögen zunächst die hohen deutschen Unterrichtsministerien, die Directoren der Gymnasien durch Hinleitung der Abiturienten, die academischen Lehrer in ihren Wirkungskreisen, einsichtsvolle Freunde und Pfleger der angehenden Studirenden und wo möglich die Studirenden selbst Sorge tragen.

Verlag von Friedrich Vieweg und Sohn in Braunschweig.

Bibliographisches System
der
gesammten Wissenschaftskunde,
mit einer
Anleitung zum Ordnen von Bibliotheken, Kupferstichen, Musikalien, wissenschaftlichen und Geschäftspapieren.

Von
Dr. A. A. E. Schleiermacher,
Grossherzogl. Hess. Geh.-Rath.

Zwei Theile. gr. 8. Fein Velinpap. geh. Preis 8 Thlr.

Die Grundlehren der Cession,
nach
römischem Recht dargestellt
von
Dr. Albert Schmid,
Obergerichtsrath zu Wolfenbüttel.

In zwei Theilen.
Erster Theil.
Die Cessionsform.

gr. 8. Fein Velinpap. geh. Preis 2 Thlr. 10 Sgr.

Die Grundlehren der Cession bestehen in der Lehre von der Cessionsform — wirkliche und fingirte Cession — und in der Lehre von dem Klagerechte des Cessionars — directe Klage im fremden und abgeleitete Klage im eignen Namen —. Die erste Lehre wird in dem bereits erschienenen ersten, die zweite Lehre in dem unter der Presse befindlichen zweiten Theile dieses Werks behandelt.

Der erste Theil zerfällt in zwei Abtheilungen von der wirklichen und fingirten Cession. Hinsichtlich der wirklichen Cession wird vorzugsweise erörtert, wiefern dieselbe den Cessionar befähigt, sowohl direct im Namen des Cedenten, als *utiliter* im eignen Namen zu klagen, wiefern sie einer *causa* bedarf (vor und nach der *lex Anastasiana*), und wegen Unmöglichkeit des aufgetragenen *agere* ungültig, sowie bei Forderungsübertragungen zu Pfand und Niessbrauch unanwendbar ist. Dabei wird genauer die Lehre vom Pfandrealcontract und Pfandpactum, vom Forderungspfandrechte, Afterpfandrechte und den dem Sachpfandgläubiger ausser der *vindicatio* aus dem Rechte des Verpfänders gegebenen *utiles actiones* erörtert. — Die zweite Abtheilung weist nach, dass die Cessionsdichtung gebraucht wird, um dem Quasicessionar gleich dem wirklichen Cessionar *utiles actiones* im eignen Namen zu verschaffen, dass sie zu dem Ende bald in die Gegenwart, bald in die Vergangenheit verlegt wird und im letzteren Falle ohne Weiteres als durch den Inbegriff der zur wirklichen Cession verpflichtenden Thatumstände bewirkt gilt. Die Untersuchung, unter welchen Voraussetzungen das Letztere Statt finde, führt dann zur Darstellung aller derartigen auf fingirter Cession beruhenden Rechtsverhältnisse, wie sie namentlich vorkommen bei mehreren geradezu auf Cession abzweckenden Geschäften, bei dem Pfandverkaufe des Pfandgläubigers, bei der *litisaestimatio*, der *adjudicatio*, der s. g. hypothekarischen Succession (zu Schutz und Stärkung von Eigenthum und zu Schutz und Stärkung von Pfandrecht — *jus offer. et succed.* —), bei der Abfindung bevorzugter Handschriftsgläubiger durch einfache Handschriftsgläubiger, bei der Regressnahme der Solidar- und Correalschuldner, bei der Stellvertretung in Eingehung von Verträgen und vertragsähnlichen Obligationen, bei denjenigen Klagen, welche der zur Restitution der Erbschaft verpflichtete Erbschaftsbesitzer dem Erbberechtigten zu cediren hat, endlich in verschiedenen nicht unter eine gleichartige Gruppe zu bringenden Fällen.

Der zweite Theil wird die Unterschiede des *directe agere alieno nomine* und des *utiliter agere suo nomine* in allen Einzelnheiten auseinandersetzen und darthun, dass das heutige Recht nur die letztere Klagform kennt und durch Anwendung derselben mit Beiseitlassung aller auf die erstere Klagform bezüglichen Rechtssätze durchgängig zu folgerichtigen, einfachen und praktisch brauchbaren Ergebnissen gelangt.

Hutm.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Hahn, Friedrich <<von>>,

Commentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch

Bd.: 2

Braunschweig 1867

Merc. 90 ps-2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10290889-8